Die Wirkung der Verpfändung einer Forderung auf eine für sie bestellte Bürgschaft.

Zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Juristenfakultät zu Rostock
vorgelegte

Dissertation

von

Alexander Herzfeld
Referendar in Treuenbrietzen.

BERLIN.
Druck von Emil Dreyer, Friedrichstr. 225.
1910.

Referent:
Professor Dr. Bernhöft.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Einleitung	7
§ 2.	Wirksame Mitverpfändung der Bürgschaft ohne Anzeige an den Bürgen	8
Erster Abschnitt.	Wirkungen der Zahlung des Bürgen an den Gläubiger (Pfandschuldner)	11
I. Teil.	Ansprüche des Bürgen gegen den Hauptschuldner	
§ 3.	Kein Regreß nach § 774 BGB.	12
§ 4.	Andere Ersatzmöglichkeiten	18
§ 5.	Pflichten des Bürgen allein aus der Bürgschaft	18
§ 6.	Stellung des Bürgen bei Auftrag	22
§ 7.	Stellung des Bürgen unter dem Gesichtspunkte der auftraglosen Geschäftsführung	27
§ 8.	Der Ersatzanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung	29
§ 9.	Die Stellung des Bürgen bei Schenkung	30
§ 10.	Betrachtung der Ergebnisse des ersten Teils	31
II. Teil.	Der Anspruch des Pfandgläubigers gegen Hauptschuldner und Bürgen	32
§ 11.	Die Forderung des Pfandgläubigers gegen den Hauptschuldner	32
§ 12.	Die Forderung des Pfandgläubigers gegen den Bürgen	33
§ 13.	Die Einrede des guten Glaubens des Bürgen	34
§ 14.	Die Doluseinrede aus der Anzeigepflicht des Gläubigers	36
§ 15.	Das gemeine Recht	39
§ 16.	Das BGB.	43
§ 17.	Die Aufrechnung	47
Zweiter Abschnitt.	Rückschlüsse auf die Rechtsverhältnisse der beteiligten Personen überhaupt	53
§ 18.	Die rechtliche Stellung des Bürgen, Schuldners, Gläubigers und Pfandgläubigers	53

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551525_0041

Literaturverzeichnis.

1. Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten.
2. Bernhöft, Das neue bürgerliche Recht in gemeinverständlicher Darstellung, Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse.
3. Biermann, Sachenrecht, II. Aufl. Berlin 1903.
4. Birkmeyer, Die Exceptionen im bonae fidei iudicium, Erlangen 1874.
5. Brückmann, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag. Jena 1903.
6. Code civil.
7. Cosack, Lehrb. des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I u.II, 4. Aufl., Jena 1903.
8. Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II u. III, Tübingen und Leipzig 1902 u. 1905.
9. Dernburg, Pandekten, Bd. II, 7. Aufl., Berlin 1903.
10. Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. III, 4. Aufl., Halle 1908.
11. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I u. II, 8. Aufl. 1905.
12. Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 4. Aufl., Marburg 1909.
13. Entsch. des Reichsgerichts, Bd. III, Nr. 96 (in Zivilsachen).
14. Entsch. des Reichsgerichts, Bd. VIII, Nr. 66.
15. Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 53, Nr. 100.
16. Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 22, Nr. 83.
17. Entsch. des Reichsgerichts, Bd. 58, Nr. 110.
18. Entsch. des Reichsgerichts, Bd. 59, Nr. 61.
19. Entsch. des Reichsgerichts, Bd. 65, Nr. 38.
20. Entsch. des Reichsgerichts, in Seuff. Arch., Bd. 52, Nr. 154.
21. Entsch. des Obertrib. Stuttg. in Seuff. Arch., Bd. 7, Nr. 369.
22. Entsch. des ROHG., Bd. 24, Nr. 38.
23. Ernst, Archiv für zivilistische Praxis, Band 96: das Interesse und der Wille des Geschäftsherrn in § 683 BGB.
24. Froeber, die rechtliche Natur des Pfandrechts an Forderungen. Diss., Weimar 1907.
25. Schulz, Rückgriff und Weitergriff. In den Studien von Leonhard, Breslau 1907.
26. Gaupp-Stein, Civilprozeßordnung, Bd, II, 8., 9. Aufl., Tübingen 1908.
27. Giercke, Deutsches Privatrecht, Leipzig 1905.
28. Girtanner, Die Bürgschaft im gemeinen Civilrecht, Jena 1851.
29. Goldmann-Lilienthal, Das BGB., Bd. I, 2. Aufl. Berlin 1903.
30. Hachenburg, Das BGB., Vorträge, Mannheim 1900.
31. Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts, 1870.
32. Hollerung, Pfandrecht an Forderungen, München 1904.
33. Koban, Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers, Graz 1904.

34. Lang, Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht, München 1906.
35. Langheinicken, Anspruch und Einrede, Leipzig 1903.
36. Lichtlen, Die Bürgschaft nach den Bestimmungen des BGB. usw. Zeitschr. f. deutsch. bürg. Recht und franz. Civilrecht, Bd. 31, 1900.
37. Marcus, Im Recht 1902: der Anspruch des Bürgen auf Diligenz des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner nach BGB.
38. Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1910.
39. Mode, Befreiung des Bürgen durch Nachlässigkeit des Gläubigers usw., Berlin 1897.
40. Motive zu dem Entw. eines bürg. Gesetzbuches 1888, Bd. II.
41. Neumann, Handausgabe des BGB., Bd. II, 5. Aufl., Berlin 1909.
42. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 3. Aufl., Berlin 1910.
43. Oesterreichisches bürgerliches Gesetzbuch.
44. Planck, Das BGB., Bd. II, 3. Aufl., Berlin 1907
45. Römer, Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 20.
46. Roth, Rückgriffsrecht des Bürgen, Breslau 1903.
47. Rothenberg, Bei Gruchot, Bd. 33: zur Lehre vom Regreß des Bürgen gegen den Hauptschuldner.
48. Sächsisches bürgerliches Gesetzbuch.
49. Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, München 1902.
50. Schweizer, Obligationenrecht.
51. Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, Leipzig 1903.
52. Siber, Kompensation und Aufrechnung, Leipzig 1899.
53. Sokolowski, Die Mandatsbürgschaft, Halle 1891.
54. Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Aufl., Berlin 1906.
55. Staudinger, Kommentar zum BGB., Bd. II, 3. u. 4. Aufl., München 1908, ferner 5. u. 6. Aufl. soweit erschienen 1910.
56. Weigelin, Pfändungspfandrecht an Forderungen, Stuttgart 1899.
57. Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt, Berlin 1908.
58. Windscheid-Kipp, Lehrb. des Pandektenrechts, Bd. I u. II, 9. Aufl., Frankfurt 1906.

§ 1. Einleitung.

Eine Forderung wird nach § 398 von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem andern auf diesen übertragen. Eine Anzeige an den Schuldner wird nicht erfordert. Dem Schutze des gutgläubigen Schuldners, namentlich ihn vor der Gefahr bewahrend, doppelt zahlen zu müssen, dienen die §§ 404—410 BGB. Anders bei der Verpfändung einer Forderung. Hier vermeidet das Gesetz ähnliche Schutzbestimmungen, indem es in § 1280 die Wirksamkeit der Verpfändung einer Forderung von der Anzeige des Gläubigers an den Schuldner abhängig macht.[1]) Wie aber liegt die Sache, wenn für die Forderung eine Bürgschaft bestellt ist? Ist dann auch Anzeige an den Bürgen erforderlich? Nimmt man dies an, so liegen keine Schwierigkeiten vor. Der Bürge würde ebenso wie der Hauptschuldner stets Kenntnis von einer wirksamen Verpfändung haben, und Komplikationen, wie etwa Zahlung an den bisherigen Gläubiger,[2]) würden zu keinen Zweifeln über die entstehenden Rechtsverhältnisse führen. Aber das Gesetz gibt uns keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Wirksamkeit der Mitverpfändung einer Bürgschaft auch von der Anzeige des Gläubigers an den Bürgen abhängt, es schweigt. Auch würde dies Erfordernis zu dem Zweck und der Natur der Bürgschaft widersprecheden Zuständen führen im Falle, daß die Anzeige an den Schuldner erfolgt ist, nicht aber an den Bürgen. Die Bürgschaft könnte nämlich nur entweder untergehen, wie bei der Schuldübernahme, weil sie nicht mitverpfändet ist, oder sie könnte bestehen bleiben, der Bürge aber noch dem alten Gläubiger allein verpflichtet sein, während der Schuldner auch dem Pfandgläubiger verpflichtet ist.

---

[1]) Der „Gläubiger" muß stets anzeigen. Deshalb kommt auch der Fall für die Untersuchung nicht in Betracht, daß Gläubiger und Verpfänder verschiedene Personen sind.

[2]) Der Kürze halber bezeichnen wir durchgängig den Verpfänder als Gläubiger, den Hauptschuldner als Schuldner.

Beides ist aber unhaltbar, und fände auch im Gesetz keinen Anhalt. Man erkennt auf den ersten Blick, was später noch näher begründet wird, daß es jedenfalls dem Wesen der Bürgschaft mehr entspricht, die Anzeige an den Bürgen nicht zu verlangen, sondern die Bürgschaft der Hauptschuld folgen zu lassen.

Hat nun der Bürge irgendwie Kenntnis von der Verpfändung erlangt, so können wiederum Schwierigkeiten nicht entstehen. Anders wenn der Bürge keine Kenntnis hat. Hier liegt hauptsächlich die Gefahr nahe, daß er bei Fälligkeit der Hauptforderung, sei es auf Verlangen des Gläubigers, sei es freiwillig an den bisherigen Gläubiger zahlt. Ob man hier auf die schützenden Vorschriften der §§ 404ff. zurückgreifen kann, ist, wie später untersucht wird, sehr fraglich. Betrachten wir aber die Rechtslage, die in diesem naheliegenden Falle entsteht, genauer, so können wir von hier aus Rückschlüsse auf die Rechtsverhältnisse der Beteiligten bei Verpfändung einer Forderung, für die eine Bürgschaft bestellt ist, wenn nur dem Schuldner, nicht aber dem Bürgen Anzeige gemacht ist, ziehen und versuchen, Klarheit in diesen schwierigen, vom Gesetz nicht geregelten Fall zu bringen.

Wie schon erwähnt, hängen alle weiteren Untersuchungen unserer Frage davon ab, ob die Bürgschaft bei Verpfändung der Hauptforderung auch ohne Anzeige des Gläubigers an den Bürgen wirksam mitverpfändet wird. Diese Vorfrage muß also zunächst erörtert werden.

§ 2. Wirksame Mitverpfändung der Bürgschaft ohne Anzeige an den Bürgen.

Die Frage ist:

Kann man daraus, daß das Gesetz die Wirksamkeit der Verpfändung einer Forderung von der Anzeige des Gläubigers an den Schuldner abhängig macht, schließen, daß der Gläubiger auch dem accessorischen Schuldner, dem Bürgen, gegenüber eine Anzeigepflicht hat, um die Bürgschaftsschuld mit der wirksam verpfändeten Hauptschuld zusammen wirksam zu verpfänden. Kann es also möglich sein, daß die Bürgschaftsschuld wegen Fehlens dieser Anzeige an den Gläubiger nicht mitverpfändet ist, oder widerspricht dies ihrer accessorischen Natur? Hat diese Accessorität eine so enge Verknüpfung der Bürgschaftsverpflichtung an die Schicksale der Hauptschuld zur Folge, daß die Bürgschaft eine Aenderung der positiven Richtung der Obligation (Gläubigerwechsel) ohne weiteres ebenso teilt, wie sie z. B. an einer Aenderung des Bestands der Hauptschuld ipso iure teilnimmt?

Zur Entscheidung dieser Frage muß auf die Natur der Bürgschaft näher eingegangen werden, soweit es für uns in Betracht kommt. Ihr accessorisches Wesen zeigt sich z. B. in dem § 767. Nach Satz 1 ist für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend. Wird also z. B. der Leistungsgegenstand größer als kleiner, so haftet der Bürge dafür. Dies soll nach Satz 2 insbesondere auch gelten, wenn die Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners geändert wird. Unter jeweiligem Bestand der Hauptverbindlichkeit wird zwar nur die Höhe der Leistungsverpflichtung verstanden,[3]) es fragt sich aber, ob diese Bestimmung nicht der Ausfluß eines dem Gesetze zu Grunde liegenden Gedankens ist, nämlich daß der Bürge überhaupt für gewisse Veränderungen der Hauptschuld, sei es in ihrem Bestande, sei es in der Person des Gläubigers oder Schuldners ohne weiteres haften soll. Wie weit dieser Gedanke richtig ist, ergibt sich aus positiven Bestimmungen im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse.

Zwar wechselt in unserem Falle der Träger des Forderungsrechts, wie unten nachgewiesen wird, nicht wie bei der Uebertragung einer Forderung in der Weise, daß der frühere Gläubiger seiner Eigenschaft gänzlich enthoben wird, es tritt aber doch eine gewisse Aenderung auf der Gläubigerseite ein, die einer Cession soweit ähnelt, daß eine Analogie in der folgenden Art und Weise gezogen werden kann. Es kommt uns darauf an zu prüfen, welchen Einfluß das Gesetz einem Wechsel der beteiligten Personen auf die Bürgschaft einräumt, wie weit Zustimmung, also mindestens Kenntnis des Bürgen verlangt wird.

Bei der Schuldübernahme tritt nach § 418 die gesetzliche Wirkung ein, daß die für die Forderung bestehenden Bürgschaften und Pfandrechte erlöschen. Soll die Bürgschaft fortbestehen, so verlangt das Gesetz im Satz 3 ausdrücklich, daß der Bürge in die Schuldübernahme einwilligt. Das Gesetz will also in diesem Falle offenbar den Bürgen dagegen schützen, daß die Person des Schuldners, für den er sich verbürgt hat, ohne seine Einwilligung wechselt. Das hat seinen Grund darin, daß bei der Abhängigkeit des Bürgen vom Hauptschuldner es diesem nicht gleichgültig sein kann, für wen er

---

[3]) z. B. Staudinger II S. 1247 c: unter dem jeweiligen Bestand der Hauptverbindlichkeit ist deren Rechtsbeständigkeit und Gegenstand, nicht aber der gesamte Inhalt der Hauptverbindlichkeit mit allen Modalitäten zu verstehen.

sich verbürgt.[4]) Anders dagegen bei der Uebertragung einer Forderung. Nach § 401 Abs. 1 gehen mit der abgetretenen Forderung die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über; ob der Bürge seine Einwilligung hier gibt oder nicht, kommt nicht in Betracht, er haftet ohne weiteres weiter. Hier ist eben die Rücksicht wie bei der Schuldübernahme nicht geboten, denn es ist dem Bürgen wohl meistens gleichgültig, an wen er zahlt, wenn er nur befreit wird. Ein Wechsel in der Person des Gläubigers hat also keine so weitgehende Bedeutung für den Bürgen wie ein Wechsel des Schuldners.

Um das Resultat zusammenzufassen: Das Gesetz schützt den Bürgen also, bezw. macht die Gleichgültigkeit des Rechtsgeschäfts von seiner Einwilligung abhängig nur bei Vorgängen auf der Schuldnerseite; und zwar 1. wird seine Haftung durch ein nach Uebernahme der Bürgschaft vom Hauptschuldner vorgenommenes Rechtsgeschäft nicht erweitert; das bezieht sich auf den Bestand der Bürgschaftsschuld (§ 767 Satz 3). — 2.) Wird bei der Schuldübernahme das Fortbestehen der Bürgschaftsverpflichtung von seiner Einwilligung abhängig gemacht; das bezieht sich auf einen Wechsel auf der Passivseite der Obligation (§ 418).

Dagegen ist bei einem Uebergang der F o r d e r u n g dem Bürgen kein Schutz gegeben, er braucht nicht einzuwilligen, da er kein Interesse hat; er haftet weiter. Hier liegt aber dem Gesetz der Gedanke zu Grunde, daß überhaupt Vorgänge auf der Aktivseite der Obligation die Existenz der Bürgschaft nicht ipso iure berühren. Deshalb läßt sich in dieser Hinsicht die Analogie ziehen, daß auch bei einem Wechsel des Trägers des Forderungsrechts, der nicht Cession ist, diese Erwägungen Platz greifen. Ein solcher liegt in unserm Falle vor, wie wir noch näher besprechen werden: außer dem alten Gläubiger ist auch der Pfandgläubiger Gläubiger geworden. Auch hier muß, wenn die Verpfändung nur einmal für die Hauptschuld wirksam ist, die Bürgschaft das Schicksal der Hauptschuld ipso iure teilen.

Das ganze Wesen der Bürgschaft macht es also überflüssig, zu ihrer wirksamen Mitverpfändung auch Anzeige an den Bürgen, wovon im Gesetz ja auch nichts erwähnt ist, zu verlangen. Was sollte auch mit ihr geschehen? Sollte sie vielleicht untergehen, obwohl das Gesetz ausdrücklich nur

[4]) So sagt Planck II S. 304: Bei der Bestellung einer Bürgschaft pflegt der Bürge darauf zu rechnen, daß der Hauptschuldner rechtzeitig erfüllen werde. Die Person des Schuldners ist daher für den Bürgen regelmäßig von entscheidender Bedeutung. Aehnlich z. B. Staudinger II, 1 S. 474 I — Oertmann S. 342.

für den Fall der Schuldübernahme dies bestimmt, oder sollte die Bürgschaftsforderung dem Gläubiger noch allein zustehen, während die Hauptforderung auch dem Pfandgläubiger zusteht?

Es kann deshalb kein Zweifel bestehen, daß die Bürgschaftsschuld mit der wirksam verpfändeten Hauptforderung mitverpfändet wird.[5])

Erster Abschnitt.

Wirkungen der Zahlung des Bürgen an den Gläubiger (Pfandschuldner).

Wie schon erwähnt, kann bei Fälligkeit der Forderung sehr leicht der Fall eintreten, daß der in Unkenntnis von der Verpfändung — dieser Fall interessiert nur — gebliebene Bürge an den alten Gläubiger zahlt. Diese Zahlung kann entweder auf Aufforderung des Gläubigers erfolgt sein, oder sie kann freiwillig geschehen sein. Der erste Fall ist weniger interessant. Zahlt nämlich der Bürge auf Aufforderung des Gläubigers bei Fälligkeit an diesen statt an Gläubiger und Pfandgläubiger gemeinschaftlich (§ 1281 BGB.) und nimmt der Gläubiger für sich allein das Geld an, so ist ein Verschulden irgend welcher Art des Bürgen ausgeschlossen. Welchen Einfluß dies auf eine etwaige Befreiung des Bürgen weiterhin hat, wird später[5a]) untersucht. Die dolose Annahme des Geldes macht den Gläubiger allein für allen Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht. Da wir uns aber nur zur Aufgabe stellen wollen, aus dem Wesen der Bürgschaft in Verbindung mit der rechtlichen Natur der Verpfändung einer Forderung die Rechtsverhältnisse der beteiligten Personen klarzulegen, so ist für uns bei weitem wichtiger die andere Möglichkeit, nämlich daß der Bürge freiwillig und gutgläubig, vielleicht um dem Schuldner die Mehrkosten des Schuldnerverzuges zu ersparen, den Gläubiger sofort bei Fälligkeit befriedigt. Ob auch hier eine Schuld des Bürgen regelmäßig ausgeschlossen erscheint, oder ob sich aus allgemeinen Pflichten des Bürgen aus der Bürgschaft ein anderes ergibt, wird in § 5 d. D. untersucht werden. Ist nun diese

[5]) cf. hierzu Endemann II S. 942: Die Anzeige schafft dem Schuldner gegenüber und damit nach außen gegen jedermann (auch Bürgen) den Verpfändungstatbestand (adminikulierend).

[5a]) Die Ausführungen auf S. 38 f. d. d. unter 1 treffen auch auf diesen Fall zu.

freiwillige Zahlung geschehen, so müssen, um Rückschlüsse auf Rechte und Pflichten des Bürgen, Hauptschuldners, Gläubigers und Pfandgläubigers zu ziehen, folgende Fragen aufgeworfen werden:

1. Kann der Bürge Regreß gegen den Hauptschuldner nehmen und

2. Kann der Pfandgläubiger noch einmal Leistungen vom Hauptschuldner und vom Bürgen verlangen? Schärfer als bei der Untersuchung dieser beiden Fragen können die Rechtsverhältnisse namentlich von Gläubiger, Bürgen und Hauptschuldner garnicht beleuchtet werden. Wenden wir uns also zunächst der ersten Frage zu, ob der Bürge nach der Zahlung Regreßmöglichkeiten gegen den Schuldner hat. Dazu muß geprüft werden: ist die Zahlung gültig und ist der Schuldner befreit?

I. Teil.

Ansprüche des Bürgen gegen den Hauptschuldner.

§ 3. Kein Regreß nach § 774 BGB.

Nach unserer Annahme hat der Bürge gutgläubig in der Meinung, er erfülle seine Bürgschaftsverpflichtung und befreie dadurch den Hauptschuldner, die Schuld an den Gläubiger gezahlt und dieser hat das Geld angenommen. Wie aber muß geleistet werden, wenn der Drittschuldner befreit sein soll?

Hier müssen bei der Verpfändung einer Forderung zwei Stadien unterschieden werden. Der Bürge kann entweder zu einer Zeit, die durch § 1282 BGB. geregelt wird, gezahlt haben. In dem dort geregelten Stadium ist nämlich die Forderung des Pfandgläubigers gegen den Gläubiger, zu deren Sicherheit die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner verpfändet wurde, bereits fällig geworden. Nach § 1282 BGB. kann zu dieser Zeit der Schuldner nur an den Pfandgläubiger leisten, nur dieser ist zur Einziehung der Forderung berechtigt. Auch wenn dieses Stadium bereits eingetreten ist, treffen die folgenden Ausführungen im allgemeinen zu. Interessanter aber und zu noch weitergehenden Erörterungen Anlaß gebend ist es, wenn wir die Zahlung des Bürgen in den vorhergehenden Zeitraum verlegen, wo die Forderung des Pfandgläubigers gegen den Gläubiger noch nicht fällig geworden ist. Die Zahlung fällt dann in das rechtlich sehr interessante Zwischenstadium der Fälligkeit der verpfändeten

Forderung, während die Forderung, zu deren Sicherheit sie erfolgt ist, noch nicht fällig ist[6]). Diesen Zustand regelt § 1281: Der Schuldner kann nur an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich leisten. Jeder von beiden kann verlangen, daß an sie gemeinschaftlich geleistet werde. Sind die Voraussetzungen dieses Paragraphen erfüllt?

Kann man zunächst von einer Leistung des Schuldners sprechen? Dies muß bejaht werden. Nach § 765 verpflichtet sich durch den Bürgschaftsvertrag der Bürge gegenüber dem Gläubiger, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen, d. h. die Schuld zu erfüllen, wenn der Schuldner sie nicht erfüllt. Der Bürge leistet also die Schuld,[7]) und zwar, wie aus § 774 hervorgeht, mit befreiender Wirkung für den Schuldner, da die Forderung des Gläubigers auf ihn übergeht und also der Schuldner dem Gläubiger gegenüber nichts mehr zu zahlen hat. Leistet also ein Bürge gemäß §1281, so kann man unbedenklich von einer Leistung des Schuldners im Verhältnis nach außen sprechen, obgleich er nicht selbst, sondern ein anderer für ihn die Rechtshandlung vornimmt.

Nun ist die Leistung aber, die nur an Pfandgläubiger und Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen konnte, nur an den Gläubiger erfolgt und von diesem angenommen worden. Der Gläubiger hat also eigenmächtig die verpfändete Bürgschaftsforderung sowohl als die Hauptschuld aufheben wollen. Denn unter diesen Begriff kann man die eigenmächtige, den Pfandgläubiger benachteiligende Einziehung der verpfändeten Bürgschafts- bezw. Hauptforderung rechnen.[8]) [9]) Nach § 1276 kann aber ein verpfändetes Recht durch Rechtsgeschäft nur

---

[6]) Ein Zustand, der von den Motiven (Bd. III S. 860) als eine Art von Sequestration der Forderung, von Dernburg (BGB. III, S. 947) als die Zeit der Unreife des Pfandrechts bezeichnet wird.

[7]) Planck II S. 824: Der Bürge haftet direkt für die Erfüllung der vertragmäßigen Verpflichtung selbst. — Matthiaß S. 363: Der Bürge will also erfüllen, nicht nur Schadenersatz wegen Nichterfüllung leisten. So auch andere. — Auch die Ausführungen bei Siber S. 239 widersprechen dem nicht. Er will nur das Wort Erfüllung vermeiden (das Gesetz gebrauche es in § 765 fälschlich) und von einer Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen reden. Die vielen Erklärungsversuche der cessio legis interessieren hier nicht. — Ebensowenig widersprechen die Ausführungen Westerkamps S. 159. Er haftet zwar für den Schuldner, nicht für die Schuld, leistet aber die Schuld.

[8]) So Froeber S. 62.

[9]) Die Annahme des Geldes durch den Gläubiger ist immer mindestens fahrlässig, da ihm ja bekannt ist (Verpfändung geschieht durch Einigung), daß er nicht mehr Alleingläubiger ist.

mit Zustimmung des Pfandgläubigers aufgehoben werden, sonst ist das Rechtsgeschäft ungültig.[10]) Der Gedanke, der diesem Paragraphen zugrunde liegt, ist, daß der Gläubiger jede Verfügung über die Pfandforderung unterlassen muß, die den Bestand der Forderung gefährdet und so den Pfandgläubiger schädigen muß.[11]) Ob diese Bestimmung auf die Verpfändung einer Forderung, für die ja nach § 1279 die besonderen Bestimmungen der §§ 1280—1290 gelten, ohne weiteres anzuwenden ist, darüber muß uns ein kurzes Eingehen auf das Verhältnis von Pfandgläubiger und Gläubiger in unserem Falle aufklären.

Das Gesetz bezeichnet auch nach der Verpfändung den Pfandschuldner noch als Gläubiger (§ 1281). Der Bürge hat also, wörtlich genommen, an den Gläubiger gezahlt. Andererseits aber kann er wieder nicht an den Gläubiger zahlen.

Wie haben wir uns dieses Verhältnis zu denken? Wie das Gesetz den Pfandschuldner weiterhin als Gläubiger bezeichnet, so stellt auch die Literatur den scheinbaren Widerspruch auf, daß die Gläuberschaft beim bisherigen Gläubiger, das verpfändete Recht der Substanz nach beim Verpfänder bleibe.[12]) Das zeigt sich hauptsächlich darin, daß bei rechtmäßiger Leistung nach § 1287 der Gläubiger den geleisteten Gegenstand erwirbt, der Pfandgläubiger aber nur das Pfandrecht. Indessen ist diese Gläubigerschaft praktisch sehr illusorisch geworden und nur noch eine juristische Konstruktion, wie folgendes zeigt.

Durch die Verpfändung ist ein dem Vorgang analoges Verhältnis geschaffen, wenn mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern haben (§ 432).[13]) Auch dort kann der Schuldner

---

[10]) Staudinger III zu § 1276 bezw. 1071, S. 566: Die das Pfandrecht beeinträchtigenden Verfügungen sind dabei ipso iure unwirksam, soweit das Recht des Pfandgläubigers davon betroffen wird. Ebenso Biermann S. 265 zu 1071, Ziff. 1. — Planck III, S. 446 oben. — Crome III, S. 913 oben. — Froeber, S. 61 — u. a.

[11]) Cosack II S. 307.

[12]) Staudinger III S. 1011 III. — Motive III, S. 860. Dagegen hebt Crome III S. 903 von vornherein hervor, daß die Rechtsmacht des verpfändeten Rechts auch nach außen hin unter Gläubiger und Pfandgläubiger verteilt ist. Ebenso sprechen Endemann II. 1 S. 944, Dernburg BGB. III, S. 947 schlechthin von einem Gemeinschaftsverhältnis, Giercke II S. 1014 und Froeber a. a. O. von einem Verhältnis zur gesamten Hand.

[13]) Hierauf weist u. a. Matthiaß S. 546 hin, ferner Biermann S. 270. Allerdings für den Nießbrauch an Rechten. Die Aehnlichkeit des entsprechenden dortigen Verhältnisses ist aber so groß, daß fast von allen bei der Forderungsverpfändung immer nur auf die beim Nießbrauch an Rechten gemachten Ausführungen zurückverwiesen wird.

nur an alle gemeinschaftlich leisten und jeder Gläubiger nur die Leistung an alle fordern. Der Schuldner befreit sich deshalb nur dadurch, daß er an Pfandgläubiger und Gläubiger gemeinschaftlich zahlt. Zahlung an einen von beiden bewirkt keine Befreiung.[14])

Hier sind einige Grundbegriffe genauer zu untersuchen. Selbstverständlich ist, daß Befreiung des Schuldners nur dann eintreten kann, wenn eine Befriedigung des Gläubigers vorliegt. Braucht aber diese Befriedigung des Gläubigers in einer Leistung an ihn zu bestehen?

§ 241 sagt nur, daß der Gläubiger berechtigt sei, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. An wen, darüber sagt das Gesetz nichts. Das kann es auch nicht, denn es lassen sich viele Fälle denken, in denen die Leistung, durch die der Gläubiger befriedigt wird, gar nicht an ihn selbst zu bewirken ist, sondern an irgend eine andere Person. Z. B. bei der Auflage (§ 1940 BGB.) oder beim Vertrag auf Leistung an Dritte. § 328 Abs. 2 zieht solche Fälle in Betracht, wo der Dritte das Recht nicht erwerben soll, unmittelbar die Leistung zu fordern. Hier ist der Gläubiger nur Versprechensempfänger, Leistungsempfänger aber der Dritte. Der Gläubiger wird befriedigt, wenn die Leistung an den Dritten erfolgt. Der Dritte dagegen ist nicht Gläubiger. In § 432, 1077, wie in § 1281 liegt die Sache ähnlich, aber doch wieder anders. Hier haben mehrere die Leistung zu fordern, und zwar jeder, nicht bloß alle zusammen, erfolgen aber kann sie nur an alle gemeinschaftlich. Wieder ist also einer der Gläubiger, d. h. der die Leistung zu fordern Berechtigte,[15]) nicht identisch mit demjenigen, an den die Leistung zu bewirken ist; das Eigentümliche liegt nur darin, daß in diesem Falle nicht von einer andern Person gesprochen werden kann, weil Leistungsempfangsberechtigte eine Einheit von mehreren Personen ist, von der der Gläubiger selbst einen Teil bildet. Jeder Gläubiger hat also eine Doppeleigenschaft. Er ist 1) Gläubiger, d. h. Berechtigter, die Leistung zu fordern, 2) als zur Gesamtheit gehörig auch Leistungsempfänger. Man kann nicht ohne weiteres von einem Gläubigerwechsel sprechen, andererseits aber auch nicht sagen, daß der Gläubiger noch dieselbe Stellung wie vor der Verpfändung hat. Der beste Aus-

[14]) So z. B. Biermann S. 270. Hollerung S. 32. Planck III S. 454. Endemann II, 1 S. 945.

[15]) Oder wie Planck II S. 3 einmal treffend allgemeiner sagt, der, dessen Wille in bestimmter Beziehung für das Verhalten des Schuldners maßgebend ist.

druck wird wohl sein, wenn man von einem Wechsel des Trägers des Forderungsrechts spricht.[16])

Es geht aus diesen Ausführungen hervor, daß Leistung an den Gläubiger von einer Befriedigung des Gläubigers verschieden sein kann. Würde so in unserem vorigen Beispiel beim Versprechen auf Leistung an Dritte der Versprechende an den Versprechungsempfänger, also den Gläubiger leisten, so könnte von einer Befriedigung des Gläubigers keine Rede sein. In den anderen Fällen kann nun nur noch fraglich sein, ob man in dem Falle, daß die Leistung doch nur an einen von den Gläubigern erfolgt, vielleicht von einer Zuvielbefriedigung, also doch wenigstens von einer Befriedigung sprechen kann. Man könnte sagen, Befriedigung liegt vor, wenn die Leistung an Gläubiger und Pfandgläubiger gemeinschaftlich erfolgt. Erhält nun der Gläubiger allein die Leistung, so hat er in seiner Eigenschaft als Teil der Leistungsempfangsberechtigten jedenfalls Befriedigung erhalten, ja er hat sogar mehr erhalten; aber das ist ja innere Angelegenheit von Gläubiger und Pfandgläubiger. Dann wäre also der Gläubiger befriedigt, nicht aber der Pfandgläubiger. Wir wollen weitere Konsequenzen nicht ziehen, nur darauf hinweisen, daß der Bürge in diesem Falle nicht vollständig, aber doch überhaupt in einer Beziehung befriedigt hätte, daß also ein Regreß nach § 774 jedenfalls in Betracht käme.

Unsere eigenen Ausführungen widerlegen aber diesen Einwand schon. Es ist ein Ausfluß des Wesens der Gesamthand, daß eben Leistungsempfangsberechtigte nur alle gemeinschaftlich sind, also nicht z. B. der Gläubiger allein, Er ist gar nicht Träger des Empfangsrechts, folglich kann, wie oben schon gesagt, auch von einer Befriedigung eines Gläubigers keine Rede sein. Das Komplizierte liegt aber nur darin, daß dieselbe Person gleichzeitig Gläubiger ist und zur Gemeinschaft der Empfangsberechtigten gehört.

Um das Resultat noch einmal zusammenzufassen: Vor der Verpfändung war der Gläubiger allein forderungsberechtigt und leistungsempfangsberechtigt, nach der Verpfändung ist er allerdings noch forderungsberechtigt, aber nicht mehr allein, auch der Pfandgläubiger ist es; leistungsempfangsberechtigt aber überhaupt nicht mehr.

Praktisch wichtiger ist das Letztere, denn was nützt ihm das Erste? Wird noch im Zustand des § 1281 rechtmäßig geleistet, so sind ihm die Hände gebunden, das Geld wird nach § 1288 nach den für die Anlegung von Mündelgeld geltenden Vorschriften verzinslich angelegt. Wird aber nach

[16]) Hollerung S. 42.

Fälligkeit seiner Schuld geleistet, so nützt ihm auch der Erwerb der Leistung nichts, denn die Voraussetzungen des § 1228 Abs. 2 sind ja schon eingetreten, und der Pfandgläubiger wird sich im Regelfalle durch gehörigen Verkauf befriedigen. Hatte er also eine Forderung und eine Schuld, ein Plus und ein Minus, so hat er dann keins von beiden mehr, und es läßt sich sehr darüber streiten, ob das ein Vorteil für ihn ist.[17])

Diese Ausführungen charakterisieren das Verhältnis des Pfandgläubigers und Gläubigers. Wir sehen, daß zwar die juristische Konstruktion die Gläubigerschaft als mit Recht als beim Gläubiger geblieben bezeichnet, sind uns aber gleichzeitig klar geworden, wie wenig der Gläubiger praktisch von dieser seiner Gläubigerschaft hat. Das Gesetz gibt eben dem Pfandgläubiger schon bei Fälligkeit der verpfändeten Forderung vor Fälligkeit seiner Forderung eine sehr große Sicherung. Um so mehr ist der scheinbare Widerspruch, daß der Bürge an den Gläubiger zahlt und ihn doch nicht befriedigt, gelöst.

Besondere Bestimmungen hindern hier aber die Anwendung des § 1276 nicht. Die Stärke der Fesselung des Forderungsrechts durch den Pfandgläubiger läßt sie im Gegenteil als geboten erscheinen. Es liegt also in unserem Falle ein nichtiges Rechtsgeschäft vor, da die Zustimmung des Pfandgläubigers fehlt.[18])

Von einer Erfüllung der Voraussetzung des § 774: „soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt", kann hiernach keine Rede sein. Die Forderung des Gläubigers kann nicht auf den Bürgen Kraft Gesetzes übergehen; wir kommen so zu dem Resultat, daß der Bürge gegen den Schuldner nicht auf Grund von § 774 Regreß nehmen kann.

Auch wirtschaftlich ist dieses Resultat das Richtige. Wäre die Zahlung gültig und bestände die Möglichkeit der Anwendung des § 774, so würde eine Befreiung des Bürgen

[17]) Andererseits — das würde aber zu weit vom Thema abführen — ist seine Stellung zur Zeit der Fälligkeit der verpfändeten Forderung, ohne daß aber die Forderung des Pfandgläubigers bereits fällig ist (§ 1281 BGB.) — und das ist ja der Zweck dieses Paragraphen — insofern noch günstiger als später, als sein Gläubigerrecht nur insoweit gefesselt sein soll, als das Pfandrecht des Pfandgläubigers reicht, (so die jetzt herrschende Auffassung cf. Weigelin S. 40), während später ein vollkommener Uebergang des Gläubigerrechts auf den Pfandgläubiger stattfindet.

[18]) Deshalb ist auch die an sich vielleicht mögliche Konstruktion ausgeschlossen, daß durch die Zahlung der Bürge in die Stellung des Gläubigers alias Pfandschuldners einrückt.

von der Bürgschaftsverpflichtung schlechthin vorliegen, es würde also auch der Hauptschuldner befreit sein, ohne daß die Folgen des § 1287 (der Gläubiger erwirbt den geleisteten Gegenstand und der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an dem Gegenstande) eintreten könnten. Treten diese doch nur ein, wenn nach § 1281, 1282 geleistet wird. Der Pfandgläubiger würde also in seinen Rechten geschädigt sein, ja die ganze Pfandbestellung würde für ihn wohl keinen Zweck haben, wenn er jederzeit riskieren müßte, daß seine Sicherung so ohne weiteres verloren geht. Es käme in diesem Falle auf Kenntnis oder Nichtkenntnis des Bürgen von der Verpfändung ja gar nicht an, in jedem Falle könnte der Pfandgläubiger um sein Geld betrogen werden. Der Bürge dagegen hat, wie wir jetzt betrachten werden, zum Teil wenigstens noch andere Regreßmöglichkeiten.

§ 4. Andere Ersatzmöglichkeiten.

Es herrscht in der Literatur kein Zweifel darüber, daß dem Bürgen außer dem Regreßweg nach § 774 stets auch der Regreßweg aus dem zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältnis zusteht.[19]) Wir müssen also, da wir uns die Frage, ob der Bürge von dem Schuldner Ersatz verlangen kann, allgemein gestellt haben, prüfen, ob eine solche Ersatzmöglichkeit bei Bestehen eines sonstigen rechtlichen Verhältnisses zwischen diesen beiden gegeben ist.

Von Verträgen kommt in Betracht Auftrag und Schenkung, da nach § 675 auf einen entsprechenden Dienstvertrag oder Werkvertrag die Vorschriften über Auftrag entsprechende Anwendung finden; liegt kein Rechtsverhältnis zwischen Bürge und Schuldner vor, so kann der Bürge als Geschäftsführer ohne Auftrag gehandelt haben und hieraus oder aus ungerechtfertigter Bereicherung besteht Ersatzmöglichkeit.[20])

§ 5. Pflichten des Bürgen allein aus der Bürgschaft.

Ueber alle folgenden Fragen können wir uns nur klar werden, wenn wir die Stellung des Bürgen zunächst dann be-

[19]) Oertmann S. 952, Staudinger II S. 1261, Planck S. 838, Crome II S. 884, Cosack I S. 587, Neumann I S. 501, Dernburg BGB. II, 2 S. 404, Endemann I, S. 1199 f., Enneccerus I, 2, S. 509, Goldmann-Lilienthal I S. 821, Matthiaß S. 367.

[20]) Weitere Möglichkeiten liegen zu weit vom Normalen ab. Z. B. erwähnen die Motive II S. 673 den Fall, daß die Verbürgung ohne jede Mitwirkung des Hauptschuldners und ohne Wissen desselben gegen eine vom Gläubiger gewährte Vergütung (Prämie), vielleicht im Wege des Versicherungsvertrags erfolgte.

trachten, wenn nur ein Bürgschaftsvertrag, weiter nichts vorliegt, und prüfen, welche Pflichten sich allein aus diesem konstruieren lassen.

Geschehen ist folgendes: der Bürge wußte nichts von der Verpfändung der Forderung, er hat bei Fälligkeit der Hauptschuld, ohne von der Einrede der Vorausklage Gebrauch zu machen, sofort freiwillig gezahlt. Die Zahlung ist zwar ungültig, der Bürge hat aber, da der Gläubiger die gezahlte Summe hat, zunächst einen Vermögensverlust in Höhe dieser Summe erlitten. Ohne Zweifel liegt ein Verschulden des Gläubigers vor durch Annahme der Zahlung, das interessiert uns aber hier nicht. Die Frage ist, ob auch ein Verschulden des Bürgen anzunehmen ist. Es ist nichts dagegen einzuwenden, daß auch der Bürge, wie jedem unbeteiligten Dritten gestattet ist, eine fremde Schuld zu zahlen, freiwillig zahlen kann, bevor er in Anspruch genommen ist.[21]) Ob er aber ohne weiteres überhaupt zahlen kann, ohne sich mit dem Hauptschuldner in Verbindung zu setzen, ist schon bestritten. Zu weit geht entschieden Roth S. 52, wenn er Fahrlässigkeit des Bürgen regelmäßig schon darin sieht, daß der Bürge erfüllt, ohne vorher den Hauptschuldner zu benachrichtigen und dessen Erklärung abzuwarten, daß er mit der Erfüllung einverstanden sei. Damit würden wir noch auf dem Standpunkt des ALR. stehen, daß in I 14 § 342 eine unverzügliche Nachricht an den Hauptschuldner bei Inanspruchnahme des Bürgen — also wohl auch wenn er freiwillig zahlen wollte — und dessen sogar schriftliche Einwilligung verlangte.

Das BGB. gibt mit Recht eine so strenge Vorschrift nicht. Denn das Erfordernis der Einwilligung des Schuldners ist unnötig und entspricht nicht dem Wesen der Bürgschaft. Dem Hauptschuldner würde damit ein Dispositionsrecht gegeben, das ihm gar nicht zustehen kann. Die Verweigerung seiner Einwilligung wäre bedeutungslos, denn der Bürge müßte nach fruchtloser Zwangsvollstreckung gegen ihn doch zahlen. Verweigert er sie mit dem Bemerken, er wolle selbst zahlen, oder habe Einreden, so legt er sich damit eine Befugnis bei, die das Gesetz ausdrücklich in das Belieben des Bürgen gestellt hat (nämlich zu zahlen oder von Einreden Gebrauch zu machen); er greift in die Machtsphäre des Bürgen ein. Gibt er aber die Einwilligung, so würde er sich gleichfalls die Bestimmung über Rechte anmaßen, die ausdrücklich im Belieben des Bürgen stehen sollen. Z. B. wäre der Satz 3 des § 774 überflüssig, da der Hauptschuldner ja die Disposition über Einreden gegen den Bürgen vorweg ge-

21) So Koban S. 15.

nommen oder mit a. W. manifestiert hat, daß er solche nicht mehr einwenden könne und werde. Jedes Verschulden des Bürgen wäre ferner auf den Schuldner abgewälzt, wenn er nur diese Einwilligung einmal eingeholt hat. Das aber widerspricht sogar dem Gesetz.

Denn daß der Bürge auch ohne ein zwischen ihm und dem Schuldner bestehendes Rechtsverhältnis in gewisser Weise auf Vorgänge bei diesem achten muß, und deswegen in gewissen Fällen fahrlässig handeln kann, ergibt sich aus dem Gesetz.

Die Zusammenstellung folgender Sätze wird das näher erweisen.

Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend (§ 767). — Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen (§ 768) — der Bürge kann die Befriedigung verweigern, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten (§ 770); ebenso, so lange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat (§ 771).

In diesen nicht erschöpfenden Fällen hat der Bürge stets ein Interesse daran, sich mit dem Schuldner in Verbindung zu setzen; im ersten Falle, um nicht zu viel oder zu wenig zu zahlen, in den folgenden, um nicht zu riskieren, daß der Hauptschuldner nach Uebergang der Forderung auf ihn ihm gegenüber nach § 404 die Einreden geltend macht, die er dem Gläubiger gegenüber geltend machen konnte, im letzten Falle um nichts unversucht zu lassen, vielleicht ohne Vermögensopfer davon zu kommen. Um diese drohenden Nachteile zu vermeiden, steht ihm der Weg offen, sich mit dem Hauptschuldner in Verbindung zu setzen.

Wir wollen von diesen Vergünstigungen des Bürgen keineswegs behaupten, daß ihre Nichtanwendung eine Verletzung einer Sorgfaltspflicht wäre, denn es ist ja ein Recht des Bürgen, davon Gebrauch zu machen oder nicht. Diese Fälle sollen nur beweisen, daß der Bürge, um mit möglichst wenig Vermögensopfern aus der Bürgschaft loszukommen und Irrtümer zu vermeiden, eine gewisse Verbindung mit dem Hauptschuldner unterhalten muß. Sobald aber die Interessen auch anderer Personen z. B. des Hauptschuldners oder eines Pfandgläubigers in Mitleidenschaft gezogen werden können, muß ein derartiges Recht zu einer Pflicht werden.

Deshalb wird man[22]) allerdings so weit gehen können zu sagen, er handelt nicht wie ein guter Bürge, er läßt die

[22]) So auch Roth a. a. O. und Crome II S. 885 b.

im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht, handelt also fahrlässig, wenn er sich beim Hauptschuldner nach den Schicksalen der Hauptschuld im weitesten Sinne nicht erkundigt, ihm also vor Ausbezahlung benachrichtigt, sondern einfach darauf loszahlt, und muß deshalb den Schaden insoweit selbst tragen, nicht aber z. B. der Hauptschuldner, den ja mit ihm gar kein iuris vinculum verknüpft.[23]) Denn Vergünstigungen des Gesetzes sind dazu da, daß von ihnen Gebrauch gemacht wird, wer dies unterläßt, muß auch die Folgen tragen. Das trifft auch zu, wenn der Bürge, was er ja jederzeit kann, plötzlich zahlt und so auf die Einrede der Vorausklage verzichtet. Hätte er abgewartet, bis er belangt wurde, und dann noch sich beim Hauptschuldner erkundigt, oder dies wenigstens vorher getan, so hätte er in unserem Falle voraussichtlich erfahren, daß die Leistung an den Gläubiger allein nicht mehr zulässig war. Ihm ist es also als Fahrlässigkeit zuzuschreiben, daß er beides unterließ. Nachdem wir soweit allein aus einer Untersuchung des Bürgschaftsverhältnisses gekommen sind, können wir die weiteren Folgerungen bei Besprechung der Geschäftsführung ohne

---

[23]) Dazu sagen Planck II, S. 839 und viele andere allgemein ohne Rücksicht auf Kenntnis oder Nichtkenntnis: Der Bürge hat den Schaden zu tragen, wenn er es versäumt hat, eine dem Hauptschuldner zustehende Einrede gegen den Gläubiger geltend zu machen (abgesehen vom Ersatzanspruch gegen den Gläubiger). — Neumann I S. 562 läßt die Frage offen, ob der Bürge vor oder nach der Bezahlung den Schuldner benachrichtigen muß, will dies vielmehr nach den Umständen des einzelnen Falles beurteilen.

Dagegen Oertmann S. 942, der die Pflicht des Bürgen gegenüber dem Hauptschuldner einheitlicher Behandlung überhaupt nicht fähig hält. Als allgemeine Pflicht will er nur die aufstellen, daß er den Hauptschuldner v o n, also nach der Inanspruchnahme des Gläubigers unverzüglich zu benachrichtigen habe. Ebenso erklärt Goldmann-Lilienthal I S. 821, Anm. 5, diese Frage habe nichts mit der Bürgschaft zu tun; ob eine solche Verpflichtung bestehe, sei vielmehr nach dem zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnis zu entscheiden. — Desgleich auch Planck S. 839 6a, der im Gegensatz zu oben sagt, der Bürge brauche dem Hauptschuldner nicht einmal dann Anzeige zu machen, wenn er den Gläubiger befriedigt habe. Ebenso Lichtlen S. 170. — Auch Matthiaß S. 366 will diese wichtige Frage nach der Rückfrage an den Hauptschuldner vor Zahlung aus den „sonstigen" Rechtsverhältnissen beantwortet wissen, nicht allein aus dem Bürgschaftsvertrag.

Wir halten das nicht für zutreffend, denn dann stünde Verwechselungen und Irrtümern ja Tür und Tor offen. Daß das Gesetz die im Text behandelte Bestimmung nicht aufgestellt hat, ist kein Grund, sie nicht mit Zuhilfenahme allgemeiner Vorschriften für die Bürgschaft zu ergänzen.

Auftrag ziehen. Es empfiehlt sich nur, diesen Teil voranzustellen, da er für den zweiten Teil der Untersuchungen später von Wichtigkeit ist, und ferner der Besprechung des Auftragsverhältnisses, zu dem wir jetzt übergehen, als Hintergrund dient.

§ 6. Stellung des Bürgen bei Auftrag.

Liegt Auftrag vor, so kommt für eine Ersatzmöglichkeit § 670 in Betracht. Dieser lautet: Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Auftraggeber zum Ersatz verpflichtet. Es fragt sich dabei zunächst, ob die Zahlung hier als Ausführung des Auftrages bezeichnet werden kann. Es läßt sich[24]) [25]) für das heutige Recht nicht schlechthin verneinen, daß der Auftrag zur Verbürgung stets auch den Auftrag zur Zahlung in sich schließt. Auch läßt sich die Bejahung, die im gemeinen Recht gegeben wurde,[26]) nicht ohne weiteres auf das heutige Recht ausdehnen. Vielmehr scheint hier die Ansicht zutreffend, daß „in dem Auftrag zur Uebernahme der Bürgschaft sicherlich der Auftrag zur Leistung derjenigen Zahlung mit inbegriffen ist, die der Bürge unabhängig von seinem Willen zufolge der übernommenen Bürgenhaftung leisten muß."[27]) Zahle der Bürge aber freiwillig die vielleicht noch gar nicht fällige Schuld, so handle er gewiß nicht auftragsgemäß. Aber auch von diesem Satz müsse man dann eine Ausnahme machen, wenn der beauftragte Bürge für den Schuldnerverzug hafte, was ja gewöhnlich der Fall sei, und in unserem Falle auch

---

[24]) So Koban, S. 17.

[25]) So sagt Girtanner S. 52: Die Zahlung geschehe erst infolge der übernommenen Bürgschaftsverpflichtung. Nicht um des Mandats willen zahle der Bürge, sondern weil er als Bürge dazu gezwungen werden könne.

Dazu führt Rothenberg bei Gruchot 33, S. 366 f. aus: Inhalt des Auftrags sei nur, daß der Bürge dem Hauptschuldner verspreche, er werde dem Gläubiger versprechen, die Hauptverbindlichkeit zu erfüllen. Dadurch verspreche er nur, zu versprechen, nicht zu erfüllen. Auch sei der Zweck des Bürgschaftsvertrages Sicherheit des Gläubigers, nicht Befriedigung. Das ist doch eine Verkennung des Wesens der Bürgschaft. Die Sicherung besteht eben darin, daß er gegebenenfalls befriedigen muß, ist also essentiale des Begriffs.

[26]) So Hasenbalg S. 695 oben. Er sagt auch zutreffend: Die Uebernahme komme ihrer selbst wegen garnicht in Betracht, sondern nur als Vorbereitungsakt der demnächstigen Erfüllung. An der Uebernahme liege namentlich dem Gläubiger garnichts, er wolle Befriedigung.

[27]) So Koban S. 17 ff.

angenommen werden kann, da eine besondere anders bestimmende Vereinbarung die Ausnahme bilden würde. Da nämlich in diesem Falle der Bürge durch sofortige Zahlung bei Fälligkit die Vergrößerung der Schuldsumme, die durch den Schuldverzug entstehe, vermeide, so sei anzunehmen, „daß der nur mit der Uebernahme der Bürgschaft beauftragte Bürge auftragsgemäß handele, wenn er die Schuld nach Eintritt ihrer Fälligkeit freiwillig bezahle.“ Ein gewiß richtiger Gesichtspunkt; denn macht er die Einrede der Vorausklage geltend, so riskiert er nachher eine größere Summe zahlen zu müssen, als wenn er gleich zahlt; es würde eine Schädigung des Beauftragten eintreten, deren Vermeidung im Sinne des Auftrags gestattet sein muß.[28])

Daß die Zahlung also zum Zwecke der Ausführung des Auftrags geschieht, muß angenommen werden. Zweifelhaft ist aber, ob der Bürge die Aufwendung den Umständen nach für erforderlich halten durfte. Die Frage ist schwer zu entscheiden, und auch in der Literatur sind die Ansichten darüber geteilt, wie weit man den Beauftragten hier schützen muß. Zu lösen ist das Problem nur, wenn man die Verteilung der Pflichten zwischen Hauptschuldner und Bürgen, Auftraggeber und Beauftragten untersucht. War bei Fehlen eines rechtlichen Bandes zwischen Hauptschuldner und Bürgen letzterer derjenige, welchem allein eine Pflicht zur Erkundigung vor der Zahlung auferlegt werden mußte, konnte aber dem Hauptschuldner eine Pflicht zur Anzeige von Aenderungen im Schicksal der Hauptschuld nicht zugemutet werden, so ist bei Bestehen eines Auftrages eine Verschiebung des Verhältnisses nicht zu verkennen. Jetzt ist ein iuris vinculum zwischen beiden vorhanden, beide müssen ihre Interessen und die des andern berücksichtigen.

Freilich legt das BGB. ausdrücklich nur dem Beauftragten Pflichten auf, von solchen des Auftraggebers ist im zehnten Titel des siebenten Abschnittes nicht die Rede.

Nun wird in diesem Zusammenhang sehr häufig ein Beispiel angeführt, das uns als Maßstab der Pflichtenverteilung nützen kann: der Bürge zahlt, ohne zu wissen, daß der Hauptschuldner die Schuld bereits getilgt hatte. Für dieses Beispiel wird die Formel aufgestellt:[29]) Der Bürge durfte

[28]) So auch Motive II S. 673 oben: das Mandat die Bürgschaft zu übernehmen schließe auch das Mandat, eintretendenfalls (bei Fälligkeit der Hauptschuld) den Gläubiger zu befriedigen in sich. Ebenso Westerkamp S. 507, 508.

[29]) Planck II S. 840 g, Oertmann S. 952 c, Dernburg BGB. II, 2 S. 406, Windscheid II S. 1105 und Kipp S. 1107; und ähnlich Cosack I S. 588.

die Aufwendung für erforderlich halten und kann Ersatz verlangen, wenn er die bereits erfolgte Zahlung nicht kannte oder nicht zu kennen brauchte. Oertmann nennt für einen solchen Fall als Beispiel, daß der Hauptschuldner es fahrlässig unterläßt, dem Bürgen von der erfolgten Zahlung Mitteilung zu machen.[30]) Die Frage, ob der Bürge in unserem Falle die Verpfändung kennen mußte, können wir noch enger formulieren.

Der Beauftragte ist u. a. nach § 666 verpflichtet, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben. Ob das heißt, daß bei einer Zahlung zur Vermeidung eines fahrlässigen Handelns die Nachricht vorher gegeben werden muß, oder erst nachher, ist wieder zweifelhaft. Das ist aber der entscheidende Punkt. Eine Pflicht zur Benachrichtigung erst nach der Zahlung kommt für uns nicht in Betracht, denn dann brauchte der Bürge bei der Zahlung die Verpfändung nicht zu kennen und hätte nicht fahrlässig gehandelt.

Die Ansicht, daß ein dem Bürgen zur Last fallendes Verschulden schon darin liege, wenn er v o r der Zahlung nicht erst Erkundigungen beim Hauptschuldner eingezogen habe und infolgedessen die Geltendmachung von Einwendungen verabsäumt habe, wird vertreten von Koban (S. 20)[31]) und Crome (II S. 885 b). Eine gleiche Pflicht scheint Enneccerus (I S. 1055) vorzuschweben, wenn er von einer besonderen Diligenzpflicht des Bürgen aus dem Auftragsverhältnisse spricht, so daß er z. B. haftbar werde, wenn er es fahrlässig unterlasse, die dem Schuldner zustehenden Einreden vorzuschützen oder von seinem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch zu machen. Denn um dies zu tun, muß er eine Erkundigungspflicht vor der Zahlung haben.[32])

---

[30]) In diesem Falle verneinten schon D. 17, 1 § 29, 2 ein Verschulden des Bürgen und gaben ihm die actio mandati contraria.

[31]) Der auch für obiges Beispiel in Anm. 2 S. 20, wenn der Bürge von der Zahlung keine Information vom Schuldner holt, diesen Mangel an Diligenz den Bürgen vertreten lassen will, und nur für den besonderen Fall, daß der Bürge keine Erkundigung einziehen konnte, wohl aber der Hauptschuldner, Verschulden des Auftraggebers annimmt.

[32]) Dagegen will Goldmann-Lilienthal I S. 821, Anm. 5, diese Pflicht vor der Zahlung bei Auftrag (wie überhaupt) nicht annehmen; er müsse vielmehr erst, sobald er seinerseits den Gläubiger befriedigt habe, in Gemäßheit des § 666 den Hauptschuldner benachrichtigen. Aehnlich verlangt Endemann I S. 1200 nur Benachrichtigung v o n der Belangung durch den Gläubiger und der bewirkten Erfüllung. Der Bürge müsse vorher (Anm. 10) nur die Einwendungen geltend machen, die er kenne.

Auch u. E. ist dem beauftragten Bürgen diese Pflicht aufzuerlegen. Konnte sie schon, wie wir gesehen haben, bei Fehlen eines Rechtsbandes rein aus dem Bürgschaftsverhältnis entnommen werden, so muß sie, wenn wir die positive Bestimmung des § 666 hinzunehmen, jetzt umsomehr als im Sinne des Gesetzes gelten.

Die Verschiebung, von der wir sprachen, aber liegt darin, daß gewisse Pflichten dem beauftragten Bürgen gegenüber jetzt auch dem Hauptschuldner aufzuerlegen sind, was vorher nicht der Fall war. Es fragt sich nun, ob diese Pflichten soweit gehen, daß in unserm Falle bei Abwägen des Verschuldens des Bürgen gegen ein Verschulden des Hauptschuldners dieses so groß erscheint, daß jenes demgegenüber nicht in Betracht kommt.[33]) Da die Vorschriften über Auftrag hierüber nichts bestimmen, sind wir auf die allgemeinen Bestimmungen über Treu und Glauben und Verschulden aus Vertragsverhältnissen (§§ 157, 242, 276) angewiesen. Wir müssen so einen billigen Ausgleich zwischen den beiderseitigen Interessen zu finden suchen."[34]) Wie wir im Zusammenhang des erwähnten Beispiels anführten, wird Fahrlässigkeit des Hauptschuldners dann angenommen, wenn er zahlt und dem Bürgen dann nichts davon mitteilt, so daß dieser noch einmal zahlt. Der Gedanke, der hier zu Grunde liegt, ist der, daß der Auftraggeber seinerseits, soweit es in seiner Macht steht, dem Beauftragten Hilfe leisten muß. Er verletzt fraglos die im Verkehr erforderliche Sorgfalt,[35]), wenn er Umstände kennt, deren Nichtkennen dem Beauftragten Schaden bringen kann und sie dann diesem nicht mitteilt, um ihn zu verstärkter Aufmerksamkeit anzuhalten. Ein solcher Umstand ist auch ein eingetretener Wechsel des Trägers des Forderungsrechts. Wenn der Auftraggeber eine so wichtige Veränderung der Obligation, auf die er durch die erforderliche Anzeige noch besonders hingewiesen wird, dem Beauftragten nicht mitteilt, so liegt bei ihm ein viel stärkeres Verschulden vor, als wenn der beauftragte Bürge in guter Absicht (denn er vermeidet ja z. B. die Einleitung der Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner) drauflos zahlt und dabei versäumt, sich erst nach den Schicksalen der Hauptschuld zu erkundigen. Wie sehr es hier in der Hand des Hauptschuldners liegt, den Bürgen vor Schaden zu schützen,

33) Der Tatbestand des § 254 Abs. 1.
34) R. G. 59, S. 209.
35) § 276 kann hier auch auf den Auftraggeber angewendet werden, da er ja nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten (§ 670) hat und insofern Schuldner aus dem Auftragsverhältnis ist.

zeigt auch folgende Erwägung. War die Forderung zediert und wußte auch der Schuldner nichts davon (Anzeige ist hier ja nicht nötig), so konnte selbst der umsichtig handelnde Bürge vom Schuldner nichts davon vor der Zahlung erfahren. Erfährt nun der Hauptschuldner einen solchen oder ähnlichen Umstand, so muß er wissen, daß bei Erfüllung an den früheren Gläubiger der Schutz des § 407 ihm nicht mehr gegeben ist, er hat also die Pflicht, den Bürgen durch Benachrichtigung nunmehr vor Schaden zu bewahren.

Ferner kann man zu dieser Frage geltend machen: die Uebernahme einer Bürgschaft ist immer ein Risiko des Bürgen. Denn bei Insolvenz des Hauptschuldners hat er stets den Schaden zu tragen. Als Entgelt für dieses Risiko muß ihm aber der weitgehendste Schutz gegen Schaden gegeben sein. Das trifft namentlich zu, wenn der Bürge im Auftrag des Hauptschuldners die Bürgschaft übernommen hat. Es ist eine Forderung der Billigkeit, daß hier bei Schadenersatzfragen soweit als möglich ein Verschulden des Auftraggebers zuerst berücksichtigt werden muß, und erst, wenn bei diesem keins vorliegt, ein solches des Bürgen in Betracht kommen darf.

Diese sorgfältige Abwägung der Pflichten des Auftraggebers und des Beauftragten, von denen die eine die andere nur scheinbar auszuschließen scheint,[36]) führt uns zu dem Ergebnis, daß in unserem Falle der Auftraggeber den Schaden, den der Bürge erlitten hat, zu vertreten hat, und zwar ganz; daß also der Bürge die Aufwendung für erforderlich halten durfte und nach § 670 mit Recht Ersatz seines Verlustes fordern kann[37]). Natürlich muß der Bürge dann dem Hauptschuldner die condictio indebiti, soweit dieser Ersatz geleistet hat, gegen den Gläubiger abtreten[38]).

[36]) Entfällt z. B. das Verschulden des Schuldners, weil er durch Zufall verhindert war, den Bürgen zu benachrichtigen, so tritt das bis dahin vom größeren Verschulden des Schuldners gleichsam verschleierte Verschulden des Bürgen in Wirkung, und er hat den Schaden selber zu tragen. Das wäre aber wieder eine Ausnahme, während uns immer nur die Normalfälle interessieren können.

[37]) Die Prüfung der Umstände, von denen nach § 254, Abs. 1, die Verpflichtung zum Ersatze, sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes abhängt, wenn ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat, führt uns zu diesem Ergebnis. Das Verschulden des Schuldners verdeckt in diesem Fall, wie gesagt, das des Bürgen vollständig.

[38]) So Goldmann-Lilienthal I. S. 821, Anm. 5, Planck II S. 840 g, Dernburg II, 2 S. 406, Anm. 13 u. a.

§ 7. Stellung des Bürgen unter dem Gesichtspunkte der auftraglosen Geschäftsführung.

Wir hatten bereits in § 5 festgestellt, daß der Hauptschuldner keine Verpflichtung hat,[39]) etwa den Bürgen von einer Veränderung der Forderung zu benachrichtigen,[40]) daß es vielmehr Sache des Bürgen sei, sich vor Zahlung der Schuld bei dem Hauptschuldner zu erkundigen.

Fassen wir nun die Handlung des Bürgen als Geschäftsführung ohne Auftrag auf, so kommt für diese Frage eine positive Gesetzesvorschrift in Betracht, nämlich § 681 BGB.: der Geschäftsführer hat die Uebernahme der Geschäftsführung, sobald es tunlich ist, dem Geschäftsherrn anzuzeigen und, wenn nicht mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist, dessen Entschließung abzuwarten. Entscheidend ist für die Auslegung der Satz „sobald es tunlich ist". Heißt das, vor der Zahlung oder erst nach der Zahlung? Unsere Ausführungen im § 5 ließen uns bereits zu dem Resultat kommen, daß vor der Zahlung Anzeige an den Schuldner nötig ist. Wir verneinten aber das zweite, daß er auch die Entschließung des Schuldners abzuwarten habe, bevor er zahlt. Natürlich kann er sie abwarten, und wenn der Schuldner ihn dann zur Zahlung anweist, liegt Genehmigung der Geschäftsführung vor. In diesem Falle kann der Bürge nach § 684 Satz 2 BGB. in Verbindung mit § 683 BGB. wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. Das könnte er auch, wenn der Schuldner ihm bei der Genehmigung nicht mitteilt, daß er nicht mehr an den alten Gläubiger zu zahlen habe. Der Schuldner hat dann eben dieselben Pflichten, wie wir sie beim Auftrag in § 6 der Darstellung eingehend erörtert haben.

Der Bürge braucht aber die Entschließung des Schuldners nicht abzuwarten. Mit dem Aufschub ist nämlich die Gefahr eines wenn auch geringen Vermögensverlustes verbunden, nämlich die Mehrkosten des Schuldverzugs. Wenn diese Auffassung zu weitgehend erscheint, kann man immerhin den Satz „sobald es tunlich ist" auch auf das Abwarten der Entschließung beziehen und zwar die Anzeige vor der Zahlung, das Abwarten der Entschließung aber als erst nach der Zahlung für tunlich erachten. Auf diese Weise kommen wir zu dem im § 5 der Darstellung schon eingehend ausgeführten Resultat.

---

[39]) Aus diesem Grunde ist es auch von vornherein ausgeschlossen, daß in der Unterlassung einer Anzeige des Hauptschuldners an den Bürgen eine unerlaubte Handlung gefunden werden kann, aus der der Bürge Ersatz erlangen könnte.

[40]) So Koban S. 29, Anm. 2.

Bei den vorigen Ausführungen faßten wir gleich den näherliegenden Fall ins Auge, daß man den Bürgen als negotiorum gestor des Schuldners betrachtet. Man kann ihn aber auch als negotiorum gestor des Gläubigers auffassen. Durch die Zahlung erspart er dem Gläubiger Mahnung, Klage, Zwangsvollstreckung und den womöglichen Verlust der Forderung. Allein, da er zu dieser Zahlung aus der Bürgschaft verpflichtet ist, kann als Aufwendung bei der Zahlung nicht etwa die Zahlung selbst betrachtet werden, sondern nur außer dieser Zahlung gebrachte Vermögensopfer, auch kann dann Ersatz nur vom Geschäftsherrn, dem Gläubiger, verlangt werden, was also mit unserer Frage nichts zu tun hat. Für uns hier von Interesse ist lediglich die Auffassung des Bürgen als Geschäftsführer des Schuldners.

Die Verletzung der Pflicht des Bürgen, vor der Zahlung beim Hauptschuldner Erkundigungen einzuziehen, hätte keine Bedeutung, wenn er an den richtigen Leistungsempfangsberechtigten bezahlt hätte, sie kommt erst in Betracht, wenn der Geschäftsführer die Voraussetzungen des § 683 nicht erfüllt hatte, das negotium also nicht utiliter coeptum war, und bewirkt dann, daß der Bürge den erlittenen Schaden selber tragen muß.[41]) Wir müssen also prüfen, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind.

Nach § 683 kann der Geschäftsführer wie ein beauftragter Bürge Ersatz seiner Aufwendungen verlangen, wenn die Uebernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht.

Unter dem Interesse des Geschäftsherrn ist nach der herrschenden Lehre der objektive Nutzen[42]) zu verstehen, nämlich, was nach der Verkehrsanschauung dem Geschäftsherrn vorteilhaft ist, nicht etwa, was ihm nach Ansicht des

[41]) Werden die Voraussetzungen des § 683 nicht erfüllt, so folgt daraus allein nur, daß der Hauptschuldner keinen Ersatz zu leisten braucht. Dass der Bürge den erlittenen Schaden selber tragen muß, findet seine Begründung erst in der erwähnten Pflicht des Bürgen.

[42]) Allerdings unter Berücksichtigung des subjektiven Moments, das durch Geschlecht, Alter, Beruf, persönliche Neigungen bestimmt wird. — Nicht das nach objektivem Maßstabe Angemessene und Vernünftige entscheidet, denn jeder kann seine Angelegenheiten einrichten wie er will. (Staudinger II S. 1074, Endemann I, 1122). Die hierüber bestehenden Streitigkeiten haben aber mit unserem Problem nichts zu tun und hindern nicht, daß man mit Staudinger von objektivem Nutzen nach der Verkehrsanschauung spricht, obwohl dieser Ausdruck z. B. von Ernst, Arch. f. civ. Pr. 96 S. 445 abgelehnt wird. Cf. auch die treffenden Ausführungen bei Oertmann S. 822 a.

Geschäftsführers Vorteil bringt.[43]) Schon dieses Erfordernis ist zweifellos in unserem Falle nicht erfüllt, Zahlung an jemanden, der nicht leistungsempfangsberechtigt ist, kann natürlich nicht im Interesse des Schuldners liegen. Die irrige Annahme des Geschäftsführers, daß die Geschäftsführung im Interesse des Geschäftsherrn liege, kommt nicht einmal dann in Betracht,[44]) wenn der Irrtum entschuldbar war,[45]) weil es nicht auf den Standpunkt des Geschäftsführers, sondern auf den des Geschäftsherrn ankommt, um die Nützlichkeitx der Geschäftsführung zu beurteilen. Noch viel weniger ist dem wirklichen Willen des Schuldners entsprochen worden, denn dieser wird bei seiner Kenntnis der Verpfändung nicht noch an den alten Gläubiger leisten wollen. Denn auch hier ist der objektiv wirkliche Wille des Geschäftsherrn gemeint, nicht was der Geschäftsführer dafür hielt.[46])

Aus § 683 kann deshalb der Bürge gegen den Hauptschuldner keinen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen herleiten.

§ 8. Der Ersatzanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung.

Liegen die Voraussetzungen des § 683 nicht vor, ist also das negotium nicht utiliter coeptum, so gewährt § 684 dem Geschäftsführer noch eine andere Möglichkeit, Ersatz zu erlangen, indem nämlich der Geschäftsherr verpflichtet sein soll, dem Geschäftsführer alles, was er durch die Geschäftsführung erlangt, herauszugeben. Allerdings wird nur selten eine Anwendungsmöglichkeit dieses Paragraphen gegeben sein, da die Zahlung ohnehin als nützlich erscheint, soweit mit Berücksichtigung des Regresses eine Bereicherung gegeben ist und dem Zahler dann schon nach den Grundsätzen des § 683 ein Regreß gewährt wird.[47]) Und auch hier kann eine Anwendungsmöglichkeit kaum gefunden werden, denn was soll der Geschäftsherr durch die Zahlung erlangt haben. Da sie, wie bewiesen, rechtsungültig ist, kann er von seiner Verpflichtung, an die Gesamthand zu zahlen, nicht befreit sein. Irgend

[43]) Außer den eben Genannten so auch Dernburg II, 2 S. 433, Planck II S. 693 IIa, Oertmann S. 822, Enneccerus I, 2 S. 440, Brückmann S. 118.

[44]) Staudinger II S. 1074, Oertmann S. 822 d oben.

[45]) Nach dem treffenden Ausspruch des ROHG Bd. 24, S. 129.

[46]) Auf den mutmaßlichen Willen kommt es erst an, wenn der wirkliche Wille des Geschäftsherrn nicht festzustellen ist (Planck II S. 695 2b), was ja hier nicht zutrifft. Auch hier können wir auf die zahlreichen Streitfragen nicht eingehen.

[47]) So Koban S. 33.

welche Gegenansprüche gegen Gläubiger oder Pfandgläubiger, die eine Bereicherung herbeiführen könnten und deren Abtretung der Bürge verlangen könnte, hat höchstens der Bürge, nicht aber der Schuldner erlangt. Von einer ungerechtfertigten Bereicherung des Schuldners kann also keine Rede sein, und daher ist ein Ersatzanspruch des Bürgen aus § 684 ausgeschlossen.

§ 9. **Die Stellung des Bürgen bei Schenkung.**

Die besonderen Verhältnisse bei einer Schenkungsabsicht des Bürgen bei der Zahlung rechtfertigen die Stellung dieses Falls an den Schluß dieses Teils. Die Schenkung kann eine unentgeltliche Zuwendung an den Gläubiger sein. Der Bürge ist zwar verpflichtet, zu zahlen, die Schenkung könnte aber hauptsächlich darin liegen, daß er sofort zahlt, ohne die ihm zustehenden Einreden, namentlich die Einrede der Vorausklage geltend zu machen. Diese Auffassungsmöglichkeit kommt aber für uns nicht in Betracht, da wir daraus nichts für das Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner ersehen können. Hier interessiert uns lediglich die Auffassung einer Schenkung an den Hauptschuldner.

Nach § 516 Abs. 1 ist eine Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, dann Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. Eine solche Einigung muß also ausdrücklich oder stillschweigend vorliegen. Die unentgeltliche Zuwendung würde in unserem Falle in der Befreiung des Hauptschuldners durch die Zahlung an den Leistungsempfangsberechtigten liegen.[48]) Die Unentgeltlichkeit bestände darin, daß der Bürge von vornherein nicht die Absicht hätte, vom Hauptschuldner Ersatz zu verlangen.[49]) Er kann also, wenn er an den Unrechten zahlt und seinen Zweck nicht erreicht, nur dann Ersatz verlangen, wenn sich ähnlich wie beim Auftrag die Verletzung einer Pflicht des Beschenkten aus dem Vertrage nach den allgemeinen Vorschriften über Treu und Glauben konstruieren läßt. Denn da die Ausführun-

[48]) Auch die Uebernahme der Bürgschaft war bereits Schenkung, sobald der Wille zu schenken von vornherein bestand. Für uns von Wichtigkeit ist aber nur der Kulminationspunkt der Schenkung, der in der Zahlung liegt. — Siehe die auch hier passenden Ausführungen von Hasenbalg S. 22 Anm. 27, d. D.

[49]) Denn Schenkung etwa unter der Auflage des Ersatzes des Geleisteten durch den Hauptschuldner wäre erstens wieder ein Ausnahmefall und zweitens keine Schenkung, da dem Hauptschuldner ja nichts zugewendet würde (bestritten).

gen über die Diligenzpflicht des Bürgen vor der Zahlung auch hier gelten müssen, muß dieser bei Fehlen einer solchen Pflicht des Beschenkten den Schaden allein tragen. Mußte aber eine solche Pflicht beim Auftraggeber aus Treu und Glauben angenommen werden, so geht das bei der Schenkung nicht an. Ist doch das Band zwischen Schenker und Beschenkten lange nicht so eng, wie zwischen Auftraggeber und Beauftragten, führt doch der Schenker gar nicht nach den Weisungen des Beschenkten dessen Geschäfte. Da der Beschenkte ohne weiteres aus dem Vertrage gar keine Gegenleistung schuldet, kann ihm auch keine derartige Pflicht auferlegt werden. Den entstandenen Schaden hat also auch in diesem Falle der Bürge zu tragen, ohne vom Schuldner Ersatz fordern zu können.

§ 10. Betrachtung der Ergebnisse des ersten Teils.

Wir sind also zu dem Resultat gekommen, daß der Bürge gegen den Schuldner aus § 774 überhaupt keinen Regreß hat, aus dem zwischen ihm und dem Schuldner möglichen Rechtsverhältnissen nur im Falle des Auftrags Ersatz verlangen kann. Zur wirtschaftlichen Würdigung dieses Resultats müssen wir auf die Intentionen des Bürgen bei der Zahlung etwas eingehen. Er will vielleicht in rein uneigennütziger Absicht dem Gläubiger wie dem Hauptschuldner die Umständlichkeiten einer Mahnung, Klage, Zwangsvollstreckung usw. ersparen, er will vielleicht den Hauptschuldner nicht in den Ruf eines schlechten Zahlers bringen wollen usw. Solche Momente können freilich nicht ausschlaggebend sein, sie müssen hinter tatsächlichen zurücktreten. Und da ist festzustellen: der Bürge hätte durch die freiwillige Zahlung, wäre sie rechtsgültig gewesen, einen Vermögensvorteil insofern gehabt, oder genauer einen Vermögensnachteil insofern vermieden, als er die durch den Schuldnerverzug entstandenen Mehrkosten sowie die stärkere Haftung (§ 287 Satz 1) erspart hätte. Hat er aber diese Mehrkosten vermeiden wollen, so ist das ein Grund mehr, ihm bei dem Weg, den er dazu einschlug, eine größere Diligenzpflicht aufzuerlegen und ihn den Schaden tragen zu lassen, wenn er sie nicht erfüllte.

Der Bürge hat also, wenn er freiwillig an den Gläubiger gezahlt hat, folgende Stellung: Zunächst hat er den Rückforderungsanspruch gegen den Gläubiger, da die Zahlung ungültig ist. Dieser Rückforderungsanspruch hat aber mit der Bürgschaft und der Verpfändung an sich nichts zu tun, er kann uns für das gestellte Ziel, nämlich für die Rückschlüsse auf die Rechtsverhältnisse der Beteiligten innerhalb unseres Themas nichts nützen und braucht daher nicht erörtert zu werden.

Im Falle des Auftrags kann er Ersatz seiner Aufwendungen vom Schuldner verlangen. Ein wichtiges Ergebnis; er kann nämlich immer die g a n z e bezahlte Summe vom Schuldner verlangen, auch wenn er seinen Anspruch gegen den Gläubiger in vollem Umfange durchführen kann. Der Schuldner kann ihn nicht auf diesen Anspruch zuerst verweisen. Wohl aber kann er nach § 255 BGB. Abtretung dieses Anspruchs verlangen. Die Bedeutung dieses Ergebnisses leuchtet ein, wenn der Anspruch gegen den Gläubiger gar keinen oder nur teilweisen Wert hat, etwa weil der Gläubiger zahlungsunfähig ist oder in Konkurs fällt. Dann muß nämlich der Bürge nicht etwa erst diesen Anspruch durchführen und dann erst seinen Ausfall vom Schuldner einfordern, sondern er kann zuerst Ersatz der ganzen Summe vom Schuldner fordern, so daß dieser nachher den Ausfall des ihm abgetretenen Anspruchs direkt tragen muss.

Anders in den besprochenen Fällen der auftraglosen Geschäftsführung, ungerechtfertigten Bereicherung und Schenkung. Hier ist der Bürge auf seinen Rückforderungsanspruch gegen den Gläubiger angewiesen. Treten hier solche Zufälle ein, wie Zahlungsunfähigkeit oder Konkurs des Gläubigers, so erhalten wir das etwas unbillig erscheinende Ergebnis, daß der Bürge, der nur ein verhältnismäßig geringes Versehen begangen hat, unter Umständen einen großen Schaden selbst tragen muß.

Damit wäre die erste Frage, die wir uns gestellt haben, nach den Regreßmöglichkeiten des Bürgen klargestellt, und wir können zur Untersuchung der zweiten Frage schreiten, welche Rechtslage entsteht, wenn der Pfandgläubiger nunmehr nochmalige Leistung vom Schuldner und Bürgen fordert.

II. Teil.

Der Anspruch des Pfandgläubigers gegen Hauptschuldner und Bürgen.

§ 11. Die Forderung des Pfandgläubigers gegen den Hauptschuldner.

Wir kommen jetzt zu der Frage, ob der Pfandgläubiger noch mit Recht Leistung von Schuldner und Bürgen fordern kann, zu der uns die bisherigen Ausführungen bereits viel Material liefern werden.

Da, wie bewiesen, durch die nichtige Leistung des Bürgen keine Befriedigung der Gläubiger eingetreten ist, so kann auch die Hauptschuld nicht erloschen sein. Sie besteht nach

wie vor zu Recht. Der Schuldner kann also gemäß § 1281 nur an Pfandgläubiger und Gläubiger gemeinschaftlich leisten, der Pfandgläubiger die Leistung vom Schuldner, allerdings nur an beide gemeinschaftlich fordern. Nach Fälligkeit der Forderung des Pfandgläubigers gegen den Gläubiger kann der Schuldner dann nur noch an den Pfandgläubiger leisten. Es herrscht also derselbe Zustand, als ob der Bürge garnichts gezahlt hätte. Dem allen steht nichts entgegen.

§ 12. Die Forderung des Pfandgläubigers gegen den Bürgen.

Wie steht es aber mit der Haftung des Bürgen? Er kann zunächst von seinem Recht der Einrede der Vorausklage dem Pfandgläubiger gegenüber Gebrauch machen und gemäß § 771 die Befriedigung desselben verweigern, bis eine fruchtlose Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner versucht ist. Ist dieser Fall eingetreten, so entsteht die Frage, muß nun der Bürge, der gutgläubig bereits einmal gezahlt hat, und von seiner Bürgschaftsverpflichtung befreit zu sein glaubte, aber nicht einmal Regreß vom Hauptschuldner außer im Fall des Auftrags erlangen kann, sondern mit seinem Rückforderungsanspruch gegen den Gläubiger sich begnügen muß, muß nun der Bürge noch einmal zahlen oder ist er vielleicht durch die erste Zahlung von seiner Bürgschaftsverpflichtung befreit worden.

Beim ersten Blick erscheint dieser Gedanke nach den bisherigen Ergebnissen müßig und absurd, so daß es überflüssig ist, auf ihn näher einzugehen. Ein nichtiges Rechtsgeschäft soll den Bürgen von seiner Verpflichtung befreien, nachdem wir eben erklärt haben, daß der Hauptschuldner nicht befreit ist. Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts hindert aber nicht, daß die Schuldsumme jetzt im Besitze des Gläubigers ist. Wäre er allein Gläubiger, so würde im Verhältnis zwischen ihm und dem Bürgen ein Erlöschen seiner Verpflichtung durch Aufrechnung nach § 387 unbedenklich gegeben sein, wie später gezeigt wird. Daß der Hauptschuldner nicht befreit ist, hindert aber auch nicht, daß nicht der Bürge befreit werden kann. Denn das entspräche wieder nicht dem Wesen der Accessorietät, auf die wir zunächst noch etwas eingehen müssen.

Die Accessorietät bedeutet, daß die Bürgschaftsverpflichtung sich nach der Hauptschuld richtet. Geht diese unter, so ist auch die Bürgschaftsverpflichtung untergegangen, wird sie erlassen, so auch die Bürgschaftsschuld. Nicht aber umgekehrt. Andererseits kann nämlich die Bürgschaftsschuld untergehen, ohne daß die Hauptschuld davon berührt wird, und ebenso erlassen werden (Planck II S. 839 u. viele a.)

Soweit also diese Accessiorietät nichts daran ändert, ist die Bürgschaftsverpflichtung eine selbständige Verpflichtung.[50]) Aus diesem Grunde kann auch die Prüfung der Frage nicht einfach ausgeschaltet werden, ob der Bürge durch die gutgläubige Zahlung an den Gläubiger, der ihn in seinem Glauben ließ, wenn das Geld verloren ist, nicht doch von seiner Bürgschaftsverpflichtung befreit werden kann.

Wie könnte nun so eine Befreiung zu konstruieren sein? Der Bürge muß eine rechtsgültige Einrede gegen die erneute Forderung des Pfandgläubigers erhalten. Eine Einrede kann dilatorisch oder peremtorisch sein. Eine dilatorische Einrede, etwa als Zurückbehaltungsrecht ausgeübt, erscheint unmöglich[51]).

Eine peremtorische Einrede könnte sich gründen auf einen Schutz des guten Glaubens des Bürgen analog § 407 oder auf eine Verletzung einer Diligenzpflicht des Gläubigers (dieser mußte bei der Verpfändung oder wenigstens bei der Zahlung den Bürgen davon benachrichtigen, daß Leistung an ihn nicht mehr Befriedigung sei). Schließlich könnte dem Bürgen eine nochmalige Zahlung dadurch erspart werden, daß man ihm die Möglichkeit einräumte, dem Pfandgläubiger gegenüber aufzurechnen. Diese Fälle sind also zu prüfen.

§ 13. Die Einrede des guten Glaubens des Bürgen.

Ein Vergleich zwischen der Verpfändung einer Forderung und der Cession einer Forderung hat uns schon die Analogie gestattet, daß das Schicksal der Bürgschaft bei einer Verpfändung der Hauptforderung dasselbe ist, wie bei einer Cession derselben. So wäre es auch an sich nicht ausgeschlossen, daß man jetzt folgendermaßen deduzierte: Wir haben dargetan, daß zur Wirksamkeit der Verpfändung der Bürgschaft Anzeige an den Bürgen nicht nötig ist, wenn nur dem Hauptschuldner rechtmäßig angezeigt ist. Nun steht aber der Bürge doch in seiner Unkenntnis genau so da, wie ein Schuldner, dem die Abtretung der Forderung nicht angezeigt worden ist. Und da § 407 bestimmt, daß der neue Gläubiger

[50]) So Siber S. 240, Oertmann S. 848b, Planck II S. 838l, Schulz S. 29: „Der Bürge zahlt auf Grund seines Rechtstitels und erfüllt damit zunächst nur seine eigene Verpflichtung“ u. a.

[51]) Nach § 273 ist ein Zurückbehaltungsrecht nur gegeben, wenn der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem die Verpflichtung des Schuldners beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat. Hier haben wir weder dasselbe rechtliche Verhältnis, noch denselben Gläubiger. Der Bürge hat gegen den Gläubiger den Bereicherungsanspruch, der Pfandgläubiger macht gegen den Bürgen eine Forderung aus der Bürgschaftsverpflichtung geltend.

eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, gegen sich gelten lassen muß, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung bei der Leistung kennt, so scheint doch die Analogie hier gerechtfertigt, daß diese Bestimmung auch auf unseren kenntnislosen Bürgen bei der Forderungsverpfändung Anwendung finden muß. Folglich muß der Pfandgläubiger die Leistung des Bürgen an den Gläubiger gegen sich gelten lassen. Der Bürge ist von seiner Bürgschaftsverpflichtung befreit.

Abgesehen davon, daß die Möglichkeit einer Analogie in diesem Punkte deshalb fraglich wäre, weil zwar der Zustand des § 1282, nicht aber schon der des § 1281 mit der Cession viel mehr Aehnlichkeit hat, als daß der Träger des Forderungsrechts nicht mehr derselbe ist, liegt aber in dieser Deduktion auch ein logischer Fehler. Einerseits sagen wir, die Bürgschaft ist derartig an das Schicksal der Hauptschuld geknüpft, daß eine Verpfändung derselben sie einfach mitzieht, eine Folge der Accessorietät. Nachdem dies eben betont worden ist, soll aber nun doch der Bürge wieder selbständig sein und vollständig die Stellung eines gewöhnlichen kenntnislosen Schuldners haben. Wenn § 1280 einmal die Anwendung des § 407 auf den Schuldner vollständig ausschließt, den Paragraphen gegenstandslos macht bei einer Forderungspfändung, so muß das notwendig auch für den accessorisch haftenden Bürgen gelten. Die andere Auffassung würde mit einem Sprung über eine positive Bestimmung des Gesetzes hinweg analogisieren, und das wäre unlogisch[52]). Aus diesem inneren Grunde muß die Möglichkeit der Anwendung des § 407 abgelehnt werden. Wir können nicht ohne weiteres den Pfandgläubiger soweit benach-

[52]) Anderer Ansicht ist hier Westerkamp S. 388, 389. Er weist bei der Cession (die Einwirkung des Rechtszustandes des § 1281, der nicht Cession ist und doch Rechtsgeschäft des Gläubigers, das die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert, ist ihm anscheinend völlig entgangen) zunächst richtig darauf hin, daß nach § 401 die Rechte aus der Bürgschaft ohne weiteres mit übergehen. Nachher aber sagt er ganz allgemein: bei Nichtkenntnis des Bürgen von der Abtretung gilt der bisherige Gläubiger dem Bürgen gegenüber auch weiter als Gläubiger der Hauptforderung. Zu welch unhaltbarer Konsequenz führt dieser Satz im Falle, daß der Hauptschuldner die Abtretung kennt, nicht aber der Bürge! Dann steht der Schutz des § 407 dem Bürgen noch zu, dem Hauptschuldner nicht mehr; während also für den Hauptschuldner Träger des Forderungsrechts allein der Cessionar ist, soll es für den Bürgen noch Cedent (gemäß seinem Glauben) und Cessionar (wenn dieser fordert) sein. Das verträgt sich aber nicht mit der strengen Accessorietät der Bürgerschaft. Richtig ist obiger Satz eben nur dann, wenn auch der Hauptschuldner ohne Kenntnis ist.

teiligen, und auf der anderen Seite den Bürgen, für den wir in § 5 d. D. eine Pflicht, sich vor Zahlung beim Schuldner nach den Schicksalen der Hauptschuld zu erkundigen, entwickelt haben, soweit begünstigen, daß der Pfandgläubiger Leistungen, die der Bürge auf seine Bürgschaftsschuld hin an den Gläubiger in Unkenntnis von der Verpfändung leistet, gegen sich gelten lassen muß. Es würde dann der Bürge ja einfach dem Pfandgläubiger gegenüber frei werden, aber seinen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen den Gläubiger behalten. Ein so unbilliges Ergebnis kann nicht im Sinne des Gesetzes sein. Daß dagegen ein gemäßigterer Ausweg, nämlich eine Analogie aus § 406 BGB. nicht im Widerspruch mit dem Gesetze steht, sondern im Gegenteil im Sinne des Gesetzes ist, werden wir in § 17 d. D. besprechen.

Der Bürge kann also aus dem Grunde, daß er gutgläubig ist, keine Einrede herleiten.

§ 14. Die Doluseinrede aus der Anzeigepflicht des Gläubigers.

Hier muß vor allem erwogen werden: Wenn dem Bürgen aus der Zahlung eine peremptorische Einrede zusteht, so scheint diese zunächst doch nur dann gegeben, wenn der Gläubiger noch einmal Leistung von ihm fordert. Nicht aber auch gegenüber dem Pfandgläubiger. Wir haben nämlich schon die Aehnlichkeit des Gesamthandverhältnisses im § 1281 mit dem des § 432, wenn mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern haben, betont. Nun sagt der Abs. 2 des § 432: im übrigen wirkt eine Tatsache, die nur in der Person eines der Gläubiger eintritt, nicht für und gegen die übrigen Gläubiger. Können wir diese Vorschrift ohne weiteres auf unser Gesamtverhältnis anwenden, so brauchen wir in eine nähere Untersuchung der Diligenzpflicht des Gläubigers nicht einzutreten, da uns hier nur die Frage interessiert, ob die Einrede dem Pfandgläubiger gegenüber gegeben ist.

Wenn mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern haben, so sind die Rechtstitel, auf Grund deren sie dies tun, der Regel nach voneinander unabhängig. Sie werden gewöhnlich nicht einer vom anderen beeinflußt worden sein, das Recht des einen wird sich nicht vom Recht des andern herleiten. Unser Gesamthandverhältnis dagegen hat eine besondere, vom Regelfalle abweichende Natur. In der Literatur ist das außerordentlich weng berücksichtigt worden. Die meisten begnügen sich mit der Feststellung: zu dem bisherigen Gläubiger tritt ein neuer Gläubiger, der gleich ihm die Leistung an beide gemeinschaftlich fordern kann usw. . .[53]). Einer der wenigen, die der Natur

[53]) s. die Anm. 13 auf S. 14 d. D.

dieses neuen Gläubigerrechts genauer auf den Grund gehen, ist Hollerung. Er sagt S. 44: Der Pfandgläubiger wird nicht neben dem Gläubiger zum Gläubiger des Schuldners, sondern macht dem Drittschuldner gegenüber die Forderung des Verpfänders geltend. „Er hat das eigene Recht, ein fremdes Recht auszuüben“[53a]). Ein außerordentlich interessanter und treffender Gedanke! Zwar kann u. E. der Anfangssatz nicht so schroff ausgesprochen werden;[54]) man kann ruhig sagen: dieses eigene Recht macht eben den Pfandgläubiger zum Gläubiger neben dem alten Gläubiger; der Grundgedanke aber ist für uns von großer Wichtigkeit. Hier liegt nämlich der Unterschied vom Regelfalle in § 432. Macht der Pfandgläubiger das (von ihm gefesselte) Recht des Gläubigers dem Schuldner oder Bürgen gegenüber geltend, indem er es kraft seines Pfandrechts auch auf sich hinüberzieht, so muß sein Recht sich auch nach dem des Gläubigers richten. Kann also diesem gegenüber eine Einrede geltend gemacht werden, so muß das auch dem Pfandgläubiger gegenüber angehen, der ja nur das Recht des Gläubigers geltend mach[55]).

Leitend ist hierbei der Gedanke, daß die Rechtstellung des Schuldners durch die Verpfändung, mit der er ja garnichts zu tun hat, nicht verschlechtert werden darf. Muß deshalb die Forderung mit den ihr bereits entgegenstehenden Einreden in den durch die Verpfändung geschaffenen Rechtszustand übergehen, so müssen auch gewisse nachher entstehende Einreden, soweit sie nicht dem Gesetz widersprechen, auch gegen den Pfandgläubiger wirken, wenn sie dem Gläubiger gegenüber bestehen[56]). Eine Ungerechtigkeit gegen den Pfandgläubiger besteht darin nicht. Denn die Hauptgefahr, daß der Schuldner nach § 407 durch gutgläubige Zahlung an den Gläubiger sich befreit, besteht kraft der Vorschrift des § 1280 nicht. Kann dies aber für den Schuldner gelten, so muß es auch für den Bürgen möglich sein (Accessorietät!).

Ist deshalb eine Befreiung des Bürgen dem Gläubiger gegenüber gegeben, so muß sie auch dem Pfandgläubiger gegenüber gegeben sein. Auf die einschneidende Bedeutung dieser

53a) Er citiert diesen Satz aus Oetker, die Stellung des Forderungsgläubigers im Konkurse des Drittschuldners. Rostock. Fest-Schr. 1891 S. 5.

54 Hollerung gebraucht ihn selbst S. 42.

55) Das Recht des Pfandgläubigers ist deswegen nicht etwa das Schwächere, im Gegenteil, die Ausführungen auf Seite 17 d. D. treffen deshalb doch zu. — Das Verhältnis nähert sich insofern wieder der Cession.

56) Umgekehrt ist dies vollständig ausgeschlossen.

Ausführungen, insbesondere auf die Aufrechnungsmöglichkeit werden wir noch in § 17 d. D. näher eingehen.

Abs. 3 des § 432 kann deshalb keine Anwendung finden; denn im Regelfalle dieses Paragraphen macht niemals von denen, die eine unteilbare Leistung zu fordern haben, der eine das Recht des anderen geltend.

Die Möglichkeit der Einrede einer Befreiung auch gegenüber dem Pfandgläubiger ist also vorhanden, wenn sich dem Gläubiger gegenüber eine solche Einrede konstruieren läßt. Als Grundlage kommt dafür die Tatsache in Betracht, daß der Gläubiger weder nach der Verpfändung, noch bei der Annahme des Geldes dem Bürgen Anzeige von dem Wechsel des Leistungsempfangsberechtigten gemacht hat.[57]) Wir müssen also der vielumstrittenen Frage nach dem Bestehen der sogenannten Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen nähertreten. Dabei ist zu beachten: soweit sie zugegeben wird, wird ihr entweder die Wirkung zugeschrieben, daß sie dem Bürgen gegen den Gläubiger eine Regreßmöglichkeit gibt[58]) — und das interessiert uns nicht, denn das berührt lediglich das Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen, oder daß sie den Bürgen von seiner Verpflichtung befreit — das allein ist für uns von Interesse, denn es würde auch gegenüber dem Pfandgläubigr wirken.

1. Wie steht es zunächst mit der Anzeigepflicht bei Annahme des Geldes? Beim Uebergang der Forderung auf den Bürgen, an den dieser bei der Zahlung glaubt, finden die für die vertragsmäßige Abtretung einer Forderung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung (denn dies ist ein Fall des § 412). Es ist also auch der Gläubiger nach § 402 verpflichtet, dem Bürgen die zur Geltendmachung der Forderung gegen den Hauptschuldner nötige Auskunft zu erteilen.

Welche Wirkung ein Verschweigen wichtiger Umstände hat, darüber sagt das Gesetz an dieser Stelle nichts. Inwieweit der Gläubiger nach Vorschriften an anderer Stelle daraus schadenersatzpflichtig wird, interessiert uns nicht. Es genügt, zu sagen, daß ein Weg für eine Befreiung des Bürgen aus diesem Gesichtspunkt sich nicht eröffnet. Im Gegenteil könnte

[57]) Wie schon erwähnt, führt nur diese Annahme zur Prüfung der folgenden interessanten Probleme. Sowie der Bürge nämlich Kenntnis erlangt, muß er den Schaden, der dadurch entsteht, daß er nun doch an den Unrechten zahlt, natürlich selbst tragen.

[58]) Diese Regreßmöglichkeit wäre gegen den Pfandgläubiger nicht gegeben, denn sie entspränge nicht unmittelbar aus der Bürgschaftsverpflichtung, wäre vielmehr in unserem Falle die den Gläubiger allein und gesondert von verpfändeter Haupt- und Bürgschaftsschuld angehende Rückforderungsmöglichkeit.

hier wieder Culpakompensation in Frage kommen, wenn wir der in der Literatur vertretenen Ansicht folgten, daß die Auskunft auf Verlangen zu erteilen ist[59]). Dann kämen wir nämlich wieder auf ein Verschulden des Bürgen, daß er die Auskunft, die ihn aufgeklärt hätte, nicht forderte. Abgesehen davon wäre es immer noch zweifelhaft, ob § 402 Anwendung finden könnte, da ja tatsächlich überhaupt kein Forderungsübergang stattgefunden hat.

2. Anders liegt die Sache bei der Betrachtung des Zeitpunkts der Verpfändung. Hier kann, um es vorauszunehmen, von einem Verschulden des Bürgen natürlich noch nicht gesprochen werden. Und ob ein so starkes Verschulden des Gläubigers angenommen werden kann, daß der Bürge befreit ist, ist sehr zweifelhaft. Da das BGB. eine allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers im Titel über die Bürgschaft nicht annimmt, vielmehr nur in bestimmten Fällen bei Versäumung von Gläubigerpflichten (§§ 776, 777) den Bürgen befreit, so kann die Frage, ob aus den allgemeinen Paragraphen über Treu und Glauben und Verschulden in Vertragsverhältnissen (§§ 157, 242, 276) eine Ausdehnung der Diligenzpflicht des Gläubigers angenommen werden kann, nur beantwortet werden, wenn wir die Entwicklung der hier zu Grunde liegenden Gedanken im gemeinen Recht uns klar machen.[60])

§ 15. **Das gemeine Recht.**

Die leitenden Grundgedanken haben sich folgendermaßen entwickelt:

Schon seit Nov. 4 Kap. 1, die die Einrede der Vorausklage einführte, brach sich der Grundsatz Bahn, daß diese an sich nur verzögernde Einrede den Charakter einer zerstörlichen Einrede bekäme in dem Falle, daß durch Schuld des Gläubigers die Klage gegen den Schuldner dauernd verloren gegangen sei oder nicht benutzt werden könne und der Gläubiger sie deshalb dem Bürgen, der von dem beneficium cedendarum actionum Gebrauch machen wolle, nicht abtreten könne.

[59]) Crome II S. 321 oben und bes. I S. 596: „auf Erfordern".

[60]) Interessant ist es, hier einer Aehnlichkeit zu erwähnen, die die Besonderheit unseres Falles auch kennzeichnet. Der Bürge steht in unserem Falle so da wie die anderen Mitbürgen, wenn einer von mehreren Mitbürgen den Gläubiger befriedigt hat, und dessen Forderung also auf ihn übergegangen ist. Auch dort ist dann der Fall möglich, daß die andern den Gläubiger noch einmal befriedigen, ohne daß das Gesetz eine Anzeigepflicht an sie verlangt. Während aber ihnen dann der Schutz des § 407 gegeben ist, fehlt er wie nachgewiesen in unserem Falle.

Das kam m. a. W. einer Befreiung des Bürgen von seiner Verpflichtung gleich, wenn der Gläubiger eine ihm obliegende Diligenzpflicht dahin verletzte, daß der Bürge durch die Unmöglichkeit der Abtretung der Klage gegen den Hauptschuldner Schaden erlitt. Da die so gegebene Einrede nur aus der Haftung des Gläubigers aus dem beneficium excussionis gefolgert wurde — der Bürge sollte nur auf das haften, was der Gläubiger vom Hauptschuldner nicht erlangen konnte, d. h. bei Anwendung der nötigen Sorgfalt nicht erlangen konnte — so konnte sie auch nicht Anwendung finden, wenn der Bürge auf die Einrede verzichtete und wurde auch nicht angewendet.[61]) Dies ist aber unbillig, da so der selbstschuldnerische Bürge der Willkür des Gläubigers schrankenlos ausgeliefert ist, während der gewöhnliche Bürge vor ihm gesichert erscheint.[62]) Denn die vermögensrechtliche Schädigung des Bürgen durch den Gläubiger ist der bestimmende Rechtsgedanke.[63]) Warum sollte also dieser Schutz nicht auf den selbstschuldnerischen Bürgen oder auf den, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat, ausgedehnt werden. Mit dieser Ausdehnung wird die Frage auch dann von einer Anzahl von Schriftstellern formuliert.[64]) Nicht mehr bloß wird die befreiende Einrede gegeben, wenn der Gläubiger durch die nicht rechtzeitige Beitreibung die Klage verlor, nicht mehr bloß, wenn er sichernde Nebenrechte aufgab, nicht mehr bloß, wenn er dem Schuldner die Schuld stundete und dieser dann zahlungsunfähig wurde; nein, der Extrakt der Entwicklung ist schließlich kurz gesagt: soweit dem Bürgen überhaupt allgemein durch Nachlässigkeit oder Arglist des Gläubigers die Möglichkeit genommen wird, seinen Regreß gegen den Hauptschuldner zu nehmen, soweit wird er frei.[65])

Dies Ergebnis entspreche der Natur der Sache und den Anforderungen der Billigkeit. Die Behauptung, daß dem Gläubiger aus der Bürgschaft lediglich Rechte erwüchsen, sei nicht unbeschränkt richtig. Seine Beziehungen zum Bürgen seien vertraglicher Natur und ständen daher unter der Herrschaft des Rechtsprinzips von Treu und Glauben. Daraus entsprängen gewiß auch nicht außer Acht zu lassende Verpflichtungen.

[61]) Entnommen aus der Entsch. Obetrib. Stuttgart v. 4. 11. 1853 in Seuffert Arch. Band 7 S. 369.

[62]) Sokolowski S. 130 f.

[63]) Seuffert 52 S. 280.

[64]) Seuffert 52 S. 281, Planck.

[65]) Seuffert 52 S. 281.

Damit sind wir auf dem Gipfelpunkt der Entwicklung, die wir nur kurz schildern konnten, angelangt. Könnten wir obiges Resultat ohne weiteres auf das BGB. anwenden, so würde der Bürge eine Einrede, daß er durch die Zahlung frei sei, oder, um den vielumstrittenen, aber doch nicht präciser zu formulierenden Ausdruck zu gebrauchen, ein exceptio doli generalis geltend machen können.

So allgemein, wie der hervorgehobene Satz von der Befreiung in der angeführten Entscheidung aufgestellt wird, wagten ihn aber selbst im gemeinen Recht die meisten Schriftsteller nicht aufzustellen. Wir können nur mehrere der bedeutendsten Ansichten zusammenstellen. Dernburg[66]) nahm Freiwerden des Bürgen wegen Verlustes der gesetzlichen Hilfsmittel, die ihn vor Schaden wahren sollen, nur für die schon erwähnten Fälle des Aufgebens von Rechten und Nachlässigkeit in Betreibung der Schuld an;[67]) er hält[68]) für diese beiden Fälle, von denen ja nur die zweite im BGB. geregelt ist, auch für das BGB. Befreiung aufrecht und geht insofern weiter als dieses. Windscheid[69]) statuiert Befreiung des Bürgen in dem Falle, daß durch Nachlässigkeit des Gläubigers dieser vom Hauptschuldner keine Befreiung erlangen konnte; an anderer Stelle[70]) wird dies jedoch sogar allgemein auf den Fall ausgedehnt, daß der Gläubiger dem Anspruch auf Rechtsabtretung nicht genügen kann. Die gemeinrechtliche Praxis neigt für verschiedene Fälle dazu, den Bürgen die exceptio doli zu gewähren. So erklärte das Reichsgericht[71]) die Einrede

[66]) Pand. II, S. 225.

[67]) Die letztere Pflicht darf nach Mode S. 40 f und einigen anderen nicht so weit gehen, daß der Gläubiger, um sie nicht zu verletzen, nun alle diejenigen Maßregeln treffen müßte, die er auch treffen muß, wenn keine Bürgschaft besteht. Andererseits soll aber der Bürge den Gläubiger nicht von jeder Verbindlichkeit freimachen derart, daß der Gläubiger sich nun der größten Sorglosigkeit bezüglich seines Anspruchs gegen den Schuldner hingeben kann. Die nach dieser Begrenzung übrig bleibende Pflicht des Gläubigers, daß er kein Hindernis schaffen und gegen ein eventuell eintretendes nicht säumig sein soll, verdiene kaum den Namen einer Verbindlichkeit. Also hier sehr vorsichtig ausgedrückt und jedenfalls eine Ablehnung einer Befreiung des Bürgen. Ausdrücklich lehnt diese Mode für das gemeine Recht (S. 48, 49) aus dem Mangel eines Stützpunktes dafür in den Quellen für den Fall ab, daß die Klage durch Nachlässigkeit des Gläubigers nicht mehr abgetreten werden kann. Zu dem gleichen Resultat kam bereits Girtanner S. 471, 474.

[68]) BGB. II S. 409.

[69]) II S. 1096.

[70]) Anm. 10 a. S. 1097.

[71]) Bd. 8, S. 261 f.

eines Bürgen für beachtlich, er habe nicht wie der Gläubiger gewußt, daß der Hauptschuldner nach Eintritt des Verzugs zahlungsunfähig werden würde, was der Gläubiger verhindern konnte.[72]) Ja in einer andern Entscheidung des Reichsgerichts[73]) wird doch sogar für den Bürgen eine exeptio non adimpleti contractus angenommen, da die Bedeutung der Einrede, daß der Gläubiger das Eintreten in seine Rechte unmöglich gemacht habe, nicht die sei, daß der Gläubiger den Bürgen beschädige, sondern die, daß er eine ihm obliegende Verbindlichkeit nicht erfüllt, ihr zuwider gehandelt habe. Damit wird allerdings viel zu weitgehend erklärt, daß der Bürgschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag sei, bei dem auch dem Gläubiger eine Gegenleistung, nämlich die Sorgfaltspflicht obliege.

Die angeführten Ansichten, die natürlich nicht erschöpfend sind, aber für den Rahmen unserer Aufgabe genügen, zeigen also doch deutlich, daß bald mehr, bald weniger schroff und ausgedehnt, dem Bürgen eine exceptio doli in Fällen gegeben wurde, wo der Gläubiger arglistig oder fahrlässig dem Bürgen die Möglichkeit benahm, vom Hautschuldner Regreß zu nehmen.[74])

Wir müssen nun prüfen, ob dieser Grundsatz so weit als im Sinne des BGB. gegeben sein kann, daß wir in unserem Falle dem Bürgen die Einrede geben können.

---

[72]) Allerdings war in diesem Falle vertraglich eine Benachrichtigungspflicht im Verzugsfalle und gemeinschaftliche Vornahme der zur Erwirkung der Zahlung nötigen Schritte ausgemacht.

[73]) Bd. 3, S. 349.

[74]) Die Gesetzgebung dieser Zeit zeigt ebenfalls die verschiedenen Abstufungen. So ließ das ALR. I 14 im § 328 den Gläubiger nur haften, wenn er bei Verfolgung der Exekution gegen den Hauptschuldner ein grobes Versehen begangen hatte. Ebenso § 1364 Satz 3 des österreichischen BGB. und Schweizer Obligationenrecht Art. 508.

Nur das sächsische BGB. nahm allgemein im § 1466 ein Erlöschen der Bürgschaft an, wenn und soweit dem Gläubiger eine Verschuldung zur Last falle, durch welche dem Bürgen der Rückanspruch an den Hauptschuldner vereitelt werde; und ebenso ging der code civil in Art. 2037 weiter als jetzt das BGB., da er den Bürgen befreite, wenn durch eine Handlung des Gläubigers die dem Bürgen durch Gesetz gewährte Subrogation unmöglich geworden ist (so formuliert es RG. Bd. 8 S. 290).

Art. 2037 lautet: Der Bürge ist seiner Verbindlichkeit entledigt, wenn durch Schuld des Gläubigers die Einsetzung des Bürgen in die Gerechtsame, Hypotheken und Vorzugsrechte des Gläubigers nicht mehr geschehen kann (Uebersetzung entn. aus Napoleons Gesetzbuch f. Westfalen 1808).

§ 16. **Das BGB.**

Das BGB. legt dem Gläubiger nur in bestimmten Fällen (§§ 776, 777) eine Diligenzpflicht auf, deren Verabsäumung dem Bürgen Befreiung bringt. Auf diese besonderen Fälle braucht nicht eingegangen zu werden, da sie mit unserem Problem nichts zu tun haben. Schon aus jenem Umstand wird in der Literatur geschlossen,[75]) daß es eben im allgemeinen keine solche Pflicht konstituieren wollte; denn sonst hätte es ja im Bürgschaftsrecht einen Paragraphen allgemeinen Inhalts geben können. Die Verfasser der Motive[76]) glaubten aber, daß durch Imputierung einer solchen Diligenzpflicht der Wert der Bürgschaft beträchtlich herabgedrückt und in der Praxis zahlreiche Streitigkeiten hervorrufen würden. Eine bestimmte Abgrenzung der allgemeinen Diligenzpflicht wäre doch nicht angängig, weil stets solche praktische Bedenken damit verknüpft blieben; ein Bedenken, auf das schon Regelsberger[77]) bei der exceptio doli hinwies, da ein so allgemeiner Rechtssatz dem richterlichen Ermessen einen ungewöhnlich freien Spielraum einräume. Dem stimmen mehrere zu[78]).

In Betracht gezogen werden auch hier meist die schon erwähnten Fälle, wo der Gläubiger es schuldhaft unterläßt, seine Forderung von dem Hauptschuldner beizutreiben, oder ihm Stundung gewährt, oder in Gläubigerverzug gerät, und dann Zahlungsunfähigkeit des Schuldners eintritt.[79]) Für diese außerhalb des Rahmens der §§ 776 und 777 stehenden Fälle wird der Versuch gemacht, die allgemeinen Bestimmungen über Treu und Glauben, namentlich § 242 zu verwerten. Die Mehrzahl der Autoren lehnt es aber ab, aus § 242 eine derartige Verpflichtung des Gläubigers herzuleiten, meist aus dem Grunde, weil der Bürgschaftsvertrag dem Bürgen Pflichten,

75) Enneccerus I, 2 S. 510, Rg. 65 S. 139, ebenso Lichtlen S. 166.
76) S. 679.
77) Pand. S. 686.
78) z. B. Schneider S. 227.
79) Für letzteren Fall nimmt Dernburg BGB., II 2 S. 409 im Gegensatz zu Planck eine exceptio doli des Bürgen an. Auch hier wie in vielen z. T. noch anzuführenden Stellen eine Verallgemeinerung über die gesetzlichen Fälle hinaus. Nicht ein doloses Aufgeben eines Nebenrechts, nein, ein verschuldeter Verlust des Hauptrechts selber liegt in diesem Falle vor, der für den Bürgen diese Einrede wegen der nunmehrigen Unmöglichkeit des Uebergangs nach § 774 begründet.

dem Gläubiger nur Rechte ohne eine Pflicht zur Gegenleistung auferlege, § 242 aber nur von dem Schuldner spricht.[80])

Auch die Praxis scheint jetzt diesen Standpunkt zu vertreten. Z. B. bemerkt das Reichsgericht[81]) einmal, es könne von keiner Leistung des Gläubigers an den Bürgen die Rede sein, die er nach Treu und Glauben zu erfüllen habe.

Einige aber fassen die Vorschrift des § 242 in Verbindung mit § 157 und 276 weiter.[82]) Sie nehmen damit ein Fortbestehen der exceptio doli generalis im BGB. an, um diesen Ausdruck, auf dessen Berechtigung hier einzugehen nicht der Ort ist, zu gebrauchen.[83]) Freilich kann man, was Schneider (S. 225) rügt, und worauf Kipp hinweist,[84]) nicht einfach ohne Begründung mit Neumann sagen,[85]) eine Diligenzpflicht sei

[80]) Motive II. S. 679: Das Prinzip von Treu und Glauben könne nicht bis zur Diligenzpflicht des Gläubigers ausgedehnt werden.

Abgelehnt wird ferner aus verschiedenen Gründen für das BGB. eine über die dort geregelten Fälle hinausgehende Diligenzpflicht des Gläubigers von Staudinger II S. 1267 (der insbes. Haftung f. sog. culpa in exigendo ablehnt), Staub S. 1190, Planck II S. 843, der sich namentlich dagegen wendet, daß aus den Rechtssätzen über die Einrede der Vorausklage und den gesetzlichen Uebergang der Hauptforderung auf eine Diligenzpflicht des Gläubigers geschlossen werde. Aus der Tatsache, daß die Hauptforderung bei Befriedigung auf den Bürgen übergehe, folge nicht, daß der Gläubiger verpflichtet sei, diese Forderung dem Bürgen zu erhalten. Das ist zutreffend. Die einzige Möglichkeit aber, die dann nach Planck, Staudinger II. S. 1268 u. a. darin besteht, daß der Bürge den Gläubiger befriedigt, um dann nach § 774 Regreß zu nehmen, nützt uns für unser Problem nichts.

[81])R. G. Bd. 65, S. 136 f.

[82]) Z. B. Hachenburg S. 9, wenn er annimmt, daß jeder Anspruch, der gegen Treu und Glauben verstößt, abzuweisen ist. Ueber der Rechtslogik stehe der Gedanke der bona fides, der Redlichkeit und Billigkeit. Die Regel sei in dieser Form nicht im Gesetz ausgesprochen, ergebe sich aber aus der Verwertung des Begriffs von Treu und Glauben im Gesetze. — Also eine Uebernahme der Gedanken Birkmeyers, S. 304: es tauchten, da die aequitas, der Inbegriff der in steter lebendiger Fortbildung befindlichen nationalen Rechtsüberzeugung, ein ewig unerschöpfliches Recht sei, auch in unserem Rechtsleben immer wieder neue Tatsachen auf, die ex aequitate Anerkennung gegenüber einem Anspruch verlangten; und dazu sei (S. 308) die exceptio doli generalis gegeben.

[83]) Z. B. erklärt Windscheid-Kipp I S. 209 Anm. 7 ihn für unpraktisch.

[84]) Es sei zu verwerfen, wenn einem Billigkeitsempfinden, das für den Verpflichteten zu sprechen scheine, durch Gewährung einer exceptio doli ohne exakte Begründung nachgegeben werde.

[85]) In der 4. Aufl. 1905. In der 5. Aufl. Berlin. 1909 hat Naumann diesen Satz fallen lassen (S. 563) und schließt sich nun auch der Ansicht an, daß § 242 wegen mangels einer Leistungspflicht des Gläubigers nicht anzuwenden sei.

dem Gläubiger nicht auferlegt, sie könne sich aber aus Treu und Glauben (§§ 157, 242) ergeben.

Wird aber, wie wir ausgeführt haben, auf Grund z. B. der historischen Entwicklung auf ein Fortbestehen der exceptio doli im BGB. geschlossen, oder sonstwie eine stichhaltige Begründung gefunden, so ist nicht einzusehen, warum man das Ergebnis an sich ohne weiteres verdammen soll.

Beizustimmen ist daher hauptsächlich den Ausführungen von Crome[86]) und Marcus,[87]) die beide mit der exceptio doli generalis im BGB. operieren. Auch ohne Gegenseitigkeitsverbindlichkeit würden Gläubiger und Bürge durch das Band der bona fides verknüpft. Jener hafte diesem demnach dafür, daß seine Situation nicht durch Verschulden oder Fahrlässigkeit verschlechtert werde. Dieser Gedanke wird bei Marcus dahin ausgeführt, dem Bürgen dürfe, soweit er nach seinem Subrogationsrecht gemäß § 774 erwarten könne, in die Rechte des befriedigten Gläubigers einzutreten, jenes nicht durch Rücksichtslosigkeit (auch Arglist) des Gläubigers in Bezug auf sein, des Bürgen Interesse verkümmert werden. Dementsprechend hafte der Gläubiger dem Bürgen, auch dem selbstschuldnerischen, für jede culpa in exigendo, für Fahrlässigkeit und Verschulden. Ganz soweit geht Crome nicht. Er will den Gläubiger nur haften lassen, wenn er vorsätzlich dem Bürgen Schaden zufügt, geht dann aber in den Folgen weiter, und nimmt für den Bürgen die Möglichkeit an, für sich Entlastung abzuleiten und zwar im Wege der allgemeinen Doluseinrede (Anm. 20). Allerdings müßten besondere Umstände, ein ungewöhnliches Verhalten des Gläubigers vorliegen, dann würden auch die von den Motiven befürchteten Schwierigkeiten nicht eintreten. Dagegen will Marcus nur folgern, daß dem Bürgen nur ein Regreßanspruch gegen den Gläubiger gegeben sei. Von einer Befreiung durch die peremtorische Doluseinrede sagt er trotz der von ihm so ausgedehnt angenommenen Diligenzpflicht nichts.[88])

Auch die große Mehrzahl der andern nimmt, soweit sie überhaupt die Diligenzpflicht des Gläubigers weiter als im BGB. geregelt annehmen will, nur einen Regreßanspruch

---

[86]) II, S. 888 Anm. 20.

[87]) a. a. O. 456 f.

[88]) Weiter will u. a. auch Staudinger II S. 1268 nicht gehen, der überhaupt einen Verstoß gegen Treu und Glauben aus den angeführten Paragraphen in dem Verhalten des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner nur unter ganz besonderen Umständen (wie Crome) auf den Bürgschaftsvertrag wirken lassen will.

gegen den Gläubiger an, und selbst dies nur bei böswilliger Schädigung. Von einer Befreiung des Bürgen ist keine Rede[89]).

So bleibt uns schließlich als Stimme für eine direkte Anwendung der exeptio doli generalis nur die Ansicht von Crome. Ihr gegenüber steht die große Masse der andern, die sich ablehnend verhält. Und wenn auch die pathetische Befürchtung Römers bereits für das gemeine Recht[90]), es würde bei Annahme der exceptio doli generalis jene unselige Vermischung von Recht und Moral wieder hereinbrechen, die in der Jugendzeit der Völker herrschte, denn sehr häufig würde eine Klage auf Grund dieser exceptio abgewiesen, bloß weil ihre Geltendmachung dem Richter unmoralisch erscheine, zu weit geht; so scheint uns in unserem Falle doch de Annahme, daß der Bürge überhaupt von seiner Verpflichtung mit einer allgemeinen Doluseinrede befreit sein soll, weil der Gläubiger ihn von der Verpfändung nicht benachrichtigte, und dadurch es verschuldete, daß nach § 774 kein Uebergang der Forderung stattfinden konnte, zu gewagt, denn läßt sich schon eine über die §§ 776, 777 hinausgehende Diligenzpflicht des Bürgen mit dem Ziel schwer konstruieren, daß der Gläubiger dem Bürgen schadenersatzpflichtig wird, und sind darüber schon die Ansichten geteilt, so scheint im Gegensatz zum gemeinen Recht im BGB. wie in der Literatur die Anschauung durchgedrungen zu sein, daß die im Gesetz bestimmten Fälle der Befreiung erschöpfend seien. Die außerdem bereits angeführten Gründe, daß § 242 nur von dem Schuldner spricht, der Gläubiger aber aus dem Bürgschaftsvertrag zu keiner Gegenleistung verpflichtet sei, daß ferner aus dem Uebergang der Forderung auf den Bürgen schlechthin nicht auf eine Diligenzpflicht des Gläubigers geschlossen werden kann, treffen auch u. E. zu und hindern uns, hier eine Analogie aus dem gemeinen Recht zu ziehen.

Und wenn von einigen mit Recht betont wird,[91]) daß „im Fällen, wo das Bedürfnis nach einem Rechtsbehelf zum Schutze eines Schuldners unzweifelhaft bestehe, es bei genauerem Zusehen wohl immer möglich sein werde, einen geeigneten Weg dafür zu finden, ohne auf das bedenkliche Auskunftsmittel der generellen exceptio doli zurückgreifen zu müssen, so können auch wir vielleicht dem Bürgen noch auf einem anderen, freilich nicht ganz so günstigen Wege helfen, nämlich durch die Aufrechnung. Zugleich wollen wir dem Ein-

[89]) (cf. Schneider S. 226.)
[90]) Ztschr. f. Hdlsr. Bd. 20, S. 54.
[91]) Langheinecken S. 325, Kipp I S. 215.

wand, den man hier machen könnte, gleich begegnen, daß nämlich die Ausführungen über die Möglichkeit der exceptio doli in dem Fall überflüssig waren, wenn wir den Bürgen gegen die Forderung des Pfandgläubigers aufrechnen lassen. Das ist aber keineswegs der Fall. Vielmehr hatte die Untersuchung der anderen Möglichkeiten den Zweck, den Bürgen zunächst so günstig wie möglich abschneiden zu lassen, und erst wenn das nicht ging, den nächst günstigeren Weg einzuschlagen. Hätten wir die allgemeine Doluseinrede annehmen können, so würde der Bürge von seiner Bürgschaftsverpflichtung schlechthin freigeworden sein und hätte außerdem den Anspruch gegen den Gläubiger behalten. Wenn er aber nur aufrechnen[92]) kann, so geht dadurch der Anspruch gegen den Gläubiger natürlich unter (Aufrechnung ist ja ein Erlöschungsgrund), und er muß sich damit begnügen, von seiner Bürgschaftsverpflichtung befreit zu sein.

§ 17. **Die Aufrechnung.**

Bei Erörterung der Frage, ob der Bürge in unserm Falle gegen die Forderung des Pfandgläubigers aufrechnen kann, sind wir auf die juristische Konstruktion angewiesen, da das Gesetz uns nur Anhaltspunkte, aber keine positiven Bestimmungen gibt.

Unter Berücksichtigung dieser Anhaltspunkte können wir Schritt für Schritt vorgehend, mehrere Stadien unterscheiden, deren Betrachtung notwendg ist.

Zunächst ist zu bestimmen, unter welchen Voraussetzungen der Schuldner überhaupt dem Gläubiger gegenüber aufrechnen kann. — Er kann es nur bis zur Verpfändung selbst. Denn nach § 1280 BGB. kommt eine wirksame Verpfändung nur zustande, wenn der Gläubiger sie dem Schuldner anzeigt, es kommt also infolge dieser Bestimmung die Vergünstigung, die das Gesetz im § 406 BGB. dem Schuldner gewährt, im Regelfall gar nicht in Frage, da der Ausnahmesatz dieses Paragraphen stets gegeben ist.

Was den ersten Teil dieses Satzes betrifft, so hat der Schuldner regelmäßig stets beim Erwerbe einer Gegenforderung von der Verpfändung Kenntnis[93]). Bezüglich des zweiten

[92]) Das günstige der Aufrechnungsmöglichkeit liegt namentlich darin, daß der Bürge Zahlungsfähigkeit oder Konkurs des Gläubigers nicht zu fürchten braucht. Er kann seinen Anspruch gegen den Gläubiger stets voll zur Aufrechnung benutzen, mag er in Wirklichkeit auch einen geringeren Wert haben.

[93]) Im Regelfalle: denn es kann auch beim Schuldner vorkommen, daß er ohne Kenntnis ist, in erster Linie beim Pfändungs-,

Teils gilt dasselbe. Wird die Pfandforderung erst nach der Verpfändung fällig, so wird seine Forderung stets nach Erlangung der Kenntnis von der Verpfändung fällig, wenn sie später als die Pfandforderung fällig wird. Wird diese dagegen schon vor der Verpfändung fällig, so kann er bis zur Verpfändung natürlich aufrechnen, wenn seine Forderung bis dahin fällig wird. Wenn sie es später wird, hat er ebenso Kenntnis und kann es nicht. An sich erlaubt § 1275 BGB. die Anwendung von § 406 BGB., da auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Pfandgläubiger und dem Verpflichteten die Vorschriften, welche im Falle der Uebertragung des Rechts für das Rechtsverhältnis zwischen dem Erwerber und dem Verpflichteten gelten, Anwendung finden, wenn ein Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann (also auch Geldleistung) Gegenstand des Pfandrechts ist[94]).

Von Erlangung der Kenntnis, d. h. von der Verpfändung an, ist also eine Aufrechnung des Schuldners mit Gegenforderungen gegen den Gläubiger ausgeschlossen.

Daraus folgt ohne weiteres, daß der Schuldner mit Gegenforderungen an den Gläubiger dem Pfandgläubiger gegenüber überhaupt nie aufrechnen kann.

Wir kommen nun zum Bürgen. Zunächst Forderungen, die bis zur Verpfändung dem Gläubiger gegenüber entstanden sind. Dem Gläubiger gegenüber kann der Bürge mit solchen Forderungen selbstverständlich aufrechnen[95]). Bei Erörterung der Frage, ob er auch dem Pfandgläubiger gegenüber mit solchen Forderungen aufrechnen kann, müssen wir zunächst

---

aber auch beim Vertragspfandrecht. Man denke nur an die Fälle der Ersatzzustellung. Lang S. 33 Anm. 65 hält aber für diese Fälle § 407 nicht für anwendbar, weil von einer Abtretung keine Rede sei und eine ausdrückliche Anwendbarkeit nicht statuiert sei. Zum gleichen Resultat, wenn auch anders begründet, kommen andere (siehe die bei Lang a. a. O. zitierten). Auch Hollerung S. 41 präsumiert die Kenntnis des Drittschuldners, und will durch ein in Unkenntnis des bestehenden Pfandrechts erfolgende Leistung des Drittschuldners diesen dem Pfandgläubiger gegenüber nicht befreien. Dagegen bezeichnet schon das Reichsgericht Bd. 22 S. 410 es als ein abnormes Ergebnis, wenn bei der öffentlichen Zustellung die Konsequenz gezogen würde, daß die vom Drittschuldner ohne wirkliche Kenntnis von dieser Zustellung bewirkten Zahlungen der Schuld an seinen bisherigen Gläubiger schlechthin zu ignorieren wären

94) So auch Lang S. 33.

95) So auch z. B. Bernhöft S. 227: hat der Bürge seinerseits Forderungen gegen den Gläubiger, so kann er natürlich selbst aufrechnen, und die Aufrechnung gilt dann ebenso, wie wenn er gezahlt hätte. Ebenso Matthiaß S. 364 und RG. Bd. 53 S. 405.

die Rechtsnatur der Verpfändung betrachten, und können uns dabei auf unsere generaliter gemachten Ausführungen S. 36, 37 d. D. beziehen. Dort waren wir zu dem Resultat gekommen, daß der Pfandgläubiger nur das Recht des Gläubigers dem Schuldner gegenüber geltend macht. Daß er dies kraft eigenen Rechts, nämlich kraft seines Pfandrechts tut, ändert daran nichts. Wir brauchen auf die gemeinrechtlichen Streitfragen hierüber nicht besonders einzugehen, obwohl jetzt trotzdem das BGB. viel zur Klarstellung der hierher gehörigen Begriffe getan hat, über die eigentliche Rechtsnatur der Verpfändung und ihre Wirkungen auf die beteiligten Personen immer noch Zweifel bestehen. Die Zweifel umfassen aber im allgemeinen nur die Frage, welcher Natur das Recht ist, kraft dessen der Pfandgläubiger die Forderung fesselt. Daß die Forderung, die er dem Schuldner gegenüber geltend macht, die Forderung ist, die früher dem Gläubiger zustand, also kurz die Forderung des Gläubigers ist, wird kaum bestritten werden können und ist auch nicht bestritten. Insofern steht der Pfandgläubiger ganz wie ein Zessionar da, nur daß das Gesetz für das Pfandverhältnis besondere Vorschriften gibt. Eine Besonderheit war die bei der Verpfändung erforderliche Anzeige an den Schuldner. An den Bürgen fordert das Gesetz die Anzeige nicht. Wir sahen uns aber genötigt, aus logischen sowie aus Gründen der Konsequenz die im § 407 BGB. dem kenntnislosen Schuldner bei der Zession eingeräumten Vergünstigungen dem Bürgen zu versagen und seine Stellung für die Fälle des § 407 so anzunehmen, als ob ihm die Verpfändung auch angezeigt worden wäre. Hierzu nötigte uns die strikte Vorschrift des § 1280 in Verbindung mit der akzessorischen Natur der Bürgschaft, die unsere Auffassung als im Sinne des Gesetzes geboten erscheinen läßt.

Dagegen hindern uns besondere Bestimmungen bei der Verpfändung über die Aufrechnung (auch beim Hauptschuldner) keineswegs, aus anderweitigen Gesetzbestimmungen zu analogisieren. Im Gegenteil scheint eine solche Analogie im Sinne des Gesetzes zu liegen, wie aus verschiedenen Stellen hervorgeht[96]).

Die Beschlagnahme einer Forderung ist ein ganz ähnlicher Vorgang wie die Verpfändung. Für sie gibt § 392 BGB.

[96]) Es ist eben hier, wo eine tatsächliche Lücke im Gesetz besteht, sehr schwer, die richtige Linie zu finden, um zwischen widerstreitenden analogen Gesetzvorschriften, ohne die Logik außer Acht zu lassen, so zu balancieren, daß man zu einem Resultat kommt, das weder den Pfandgläubiger, noch den Bürgen zu schlecht stellt, und doch juristisch begründet ist.

die Vorschrift, daß die Aufrechnung einer dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehenden Forderung nur dann ausgeschlossen wird, wenn der Schuldner seine Forderung erst nach der Beschlagnahme erworben hat oder wenn seine Forderung erst nach der Beschlagnahme und später als die in Beschlag genommene Forderung fällig geworden ist. Während eine analoge Anwendung dieser Vorschrift dem Bürgen nur die Aufrechnung mit vor der Verpfändung entstandenen Forderungen, aber immerhin schon eine Aufrechnung dem Pfandgläubiger gegenüber gestattet, läßt uns die Anwendung der Vorschriften des § 406 BGB. bei der Abtretung noch einen Schritt weiter gehen. Hier wird dem Schuldner die gleiche Beschränkung auferlegt, nur daß dort an Stelle der Beschlagnahme die Kenntnis von der Abtretung tritt.[97]) Diese Vorschriften rechtfertigen als im Sinne des BGB. die Analogie, daß auch bei der Pfändung entsprechende Vorschriften für den kenntnislosen Bürgen gelten müssen. Ganz so wie einen Schuldner, dem angezeigt wird, können wir ihn nicht stellen; das war nur als unmittelbare Folge der Anzeigepflicht an den Schuldner bei der Verpfändung nötig, so daß ihm seine Nichtkenntnis nicht ohne weiteres allgemein berechtigte, rechtswirksame Leistungen an den Gläubiger zu bewirken und dadurch dem Pfandgläubiger gegenüber freizuwerden. Von hier bis zu dem Verbot an den Bürgen, die Aufrechnung einer Gegenforderung an den Gläubiger dem Pfandgläubiger gegenüber geltend zu machen, auch wenn er die Verpfändung nicht kennt, ist aber noch ein weiter Schritt.[98]) Hier verbieten die angeführten analogen Vorschriften des BGB., auf diesem Wege in falscher Konsequenz fortzufahren. Denn die Tatsache, daß der Bürge nun einmal ohne Kenntnis von der Verpfändung ist, kann nur soweit ohne Bedeutung sein, als der im § 1280 enthaltene Sinn des Gesetzes es verlangt.

Es gestattet ja auch, worauf wir kurz zuvor hinwiesen, der § 1275 BGB. die Anwendung der Vorschriften bei der Zession auf ein Recht, kraft dessen eine Leistung gefordert werden kann. Wenn wir im Hinblick auf die die Anwendung

[97]) So Siber, Kompensation S. 103 c, der die Analogie in der erwähnten Weise als unbedenklich verwertet. Er weist ferner als Beweis für die Möglichkeit der Analogie darauf hin, daß im § 1289 BGB. verbunden mit den §§ 1125, 1124 BGB unzweideutig eine Beschränkung der Aufrechnung lediglich wie bei der Zession vorausgesetzt werde.

[98]) Denn die analoge Anwendung des § 407 BGB würde den Bürgen materiell viel günstiger stellen, was wir bereits betonten, als die des § 406. Bei der Aufrechnung wird seine Gegenforderung gegen den Gläubiger aus der Zahlung konsumiert, im andren Falle würde er sie behalten.

dieses Paragraphen streng ausschließenden Vorschriften der §§ 1280 ff. ihn nicht einfach anwenden wollen, so gibt er doch unserer Analogie einen festen juristischen Rückhalt. Wir kommen so zu einem brauchbaren und auch im Gesetze begründeten Resultat. Nicht nur mit Forderungen, die er bis zur Verpfändung der Forderung gegen den Gläubiger erwirbt, sondern auch mit nach der Verpfändung erworbenen Forderungen bis zu dem Zeitpunkt, wo er von der Verpfändung Kenntnis erlangt hat, — d. h. mit allen bis zur Kenntnis von der Verpfändung erworbenen Forderungen kann der Bürge aufrechnen, ausgenommen, wenn sie erst nach Erlangung der Kenntnis und nach der verpfändeten Forderung fällig werden (Analogie nach § 406 BGB.).

Wir begegnen mit dieser Analogie gleichzeitig der Schwierigkeit, daß § 387 BGB. nur von zwei Personen spricht, die die Aufrechnung vornehmen können, während wir hier drei Personen haben. § 406 ist aber eine von den Ausnahmen dieser Regel, dort nehmen ebenfalls drei Personen die Aufrechnung vor. Dies und unsere Auffassung des Pfandrechts im Verhältnis zum Schuldner als Tochterrecht, dem Recht des Gläubigers entnommenes Recht, wie wir sie in § 13 d. D. entwickelt haben, berechtigt uns, die Aufrechnung hier zuzulassen.

Man könnte nun freilich sagen, daß durch die Zulässigkeit der Aufrechnung eine unzulässige Schädigung des Rechts des Pfandgläubigers entstehe. Die Forderung könnte dem Pfandgläubiger unter den Händen zerrinnen, wenn nach der Verpfändung der Gläubiger durch irgend eine Handlung eine zur Aufrechnung geeignete Gegenforderung des Bürgen hervorrufen könnte.

Allein der neue Gläubiger bei der Abtretung steht auch nicht anders da und läuft die gleiche Gefahr, wenn z. B. der Schuldner vor Erlangung der Kenntnis von der Abtretung eine Forderung gegen den bisherigen Gläubiger durch eine Handlung desselben erwirbt. Der Pfandgläubiger muß sich eben wie ein so geschädigter Zessionar mit der Forderung, die er naturgemäß gegen den Pfandschuldner (Zedent) erwirbt, begnügen. Im Wettstreit der widerstreitenden Interessen will das Gesetz in diesen Fällen wie oft den Schuldner bevorzugen. Es ist dies ein Ausfluß der Regel, daß, wer Kredit gibt, sich mehr vorsehen soll und muß, als wer ihn empfängt. Unsere bereits mehrfach entwickelte Konstruktion, daß das Pfandrecht hier nur ein dem Recht des Gläubigers entnommenes Recht ist, rechtfertigt gleichfalls dieses Resultat. Endlich entspricht es auch nur einer Forderung der Billigkeit. Würden wir dem Bürgen die Aufrechnungsmöglichkeit

nicht zubilligen, so würde der schon erwähnte oberste Grundsatz, daß durch die Verpfändung die Rechtsstellung des Schuldners (hier Bürgen) nicht verschlechtert werden darf, verletzt; „denn er könnte seine Schuld wegen des von ihm nicht zu vertretenden Pfandrechts nicht zum Erlöschen bringen.“[99])

Die Aufrechnung kann dem Pfandgläubiger gegenüber mit allen Forderungen geschehen, die überhaupt zur Aufrechnung geeignet sind. Das bedarf keiner näheren Begründung; denn es folgt daraus, daß auch das Gesetz in allen Fällen, wo es die Aufrechnung außerhalb des diesbezüglichen Titels des zweiten Buches erwähnt, diesen Grundsatz als selbstverständlich gar nicht erwähnt.

In unserem Falle nun hat der Bürge seine zur Aufrechnung dem Gläubiger gegenüber geeignete Forderung zwar nach der Verpfändung, aber vor Erlangung der Kenntnis erworben. In dem Augenblicke nämlich, wo er an den Gläubiger zahlte, erwarb er auch schon die sofort fällige Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung; und daß die Kenntnis ihm zu

[99]) Hollerung S. 43/44. Er begründet sein Ergebnis, indem er die Frage nach der Zulässigkeit der Aufrechnung formuliert: was haben Pfandgläubiger und Gläubiger vom Schuldner zu fordern und was schuldet Letzterer diesen beiden. Er kommt zu dem Resultat, daß eine zur Aufrechnung dem Gläubiger gegenüber geeignete Gegenforderung des Hauptschuldners auch dem Pfandgläubiger gegenüber aufgerechnet werden kann. Die Gegenseitigkeit will er dabei durch folgende Erwägung wahren: Subjekt der Pfandforderung sei nach wie vor der Verpfänder, nur die Geltendmachung der ganzen Forderung stehe Verpfänder und Pfandgläubiger zu. Die Geltendmachung seitens des Pfandgläubigers erfolge unabhängig vom Willen des Verpfänders, insofern also kraft eigenen Rechtes, jedoch nicht unabhängig von der Forderung des Verpfänders, sondern aus dieser heraus. Es sei also die Forderung des Gläubigers, die er geltend mache. Diese Auffassung hat uns bereits im § 14 d. D. zu dem allgemeinen Ergebnis geführt, daß dem Pfandgläubiger gegenüber eine dem Gläubiger gegenüber zulässige peremtorische Einrede vom Bürgen geltend gemacht werden kann. Hollerung folgerte daraus, daß der Hauptschuldner, soweit der Gegenstand seiner Verbindlichkeit eine Teilung zulasse, mit einer ihm gegen den Gläubiger nach Entstehung des Pfandrechtes erwachsenden Gegenforderung aufrechnen könne. Allein dies Ergebnis steht in direktem Widerspruch mit der besonderen Vorschrift des § 1280 BGB. unter Berücksichtigung des Ausnahmesatzes des § 406. Es konnte deshalb von uns nicht akzeptiert werden. Die Auffassung des Pfandverhältnisses, die ihn zu diesem unzutreffenden Resultat führt, ist aber treffend, und führt uns dazu, dem Schuldner in unserm Fall (dem Bürgen), da hier § 1280 vbd. mit § 406 keinen Riegel vorschiebt, die Aufrechnung in dem geschilderten Umfange zu gestatten.

dieser Zeit noch fehlt, ist ja Voraussetzung unserer Untersuchungen. Seine Forderung wird also auch nicht erst nach Erlangung der Kenntnis fällig. Der Bürge kann sonach in unserem Falle dem Pfandgläubiger gegenüber seine Gegenforderung gegen den Gläubiger zur Aufrechnung benutzen.

Zweiter Abschnitt.

§ 18. Die rechtliche Stellung des Bürgen, Schuldners, Gläubigers und Pfandgläubigers.

Wir haben bis jetzt die Wirkungen betrachtet, die eine freiwillige Zahlung des in Unkenntnis von der Verpfändung gebliebenen Bürgen an den Gläubiger hat. Schon durch diese Darstellung ist auf die Rechte und Pflichten der beteiligten Personen Licht geworfen worden, und wir haben nunmehr nur das Ergebnis systematisch zu besprechen und allgemeine Schlüsse zu ziehen.

Kommen wir zunächst auf die Stellung des Bürgen. Wie sah sie zunächst aus, wenn er freiwillig gezahlt hat? Der Fall, daß er vom Schuldner beauftragt war, nimmt eine besondere Stellung ein. Durch Zahlung an den Gläubiger erleidet er eine Vermögensverminderung in Höhe der Schuldsumme. Er braucht nun nicht noch einmal zu zahlen, sondern rechnet, wenn der Pfandgläubiger Leistung fordert, auf. Ersatz der Schuldsumme kann er vom Schuldner nur im Falle des Auftrags verlangen, in den übrigen Fällen bleibt die Vermögensverminderung bestehen, ohne daß noch ein Anspruch gegen den Gläubiger gegeben ist (denn er ist ja durch Aufrechnung konsumiert).

Im Fall des Auftrags steht der Bürge also so da, als ob er den Gläubiger rechtmäßig befriedigt hätte; nur daß keine cessio legis stattfindet, sondern der Regreß allein auf Grund des zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältnisses genommen werden kann. Ungünstiger aber doch deshalb, weil der Regreß vorläufig aussichtslos ist, denn seine Inanspruchnahme und die Aufrechnung finden ja voraussichtlich im Regelfalle erst statt, nachdem gegen den Schuldner fruchtlos vollstreckt war; während das bei rechtmäßiger freiwilliger Zahlung, die nach unserer Annahme in der Absicht des Bürgen lag, nicht der Fall hätte zu sein brauchen und meist nicht ist.

Ist der Bürge nicht vom Schuldner beauftragt, so fällt auch dieser etwas unsichere Ersatzanspruch fort, und die gezahlte Summe ist verloren. Hier steht der Bürge wieder etwas ungünstiger wie ein Bürge, der von der Einrede der Vorausklage Gebrauch macht, dann gezahlt und kraft § 774 eine Regreßforderung bekommen hat, die zunächst wertlos ist, weil ja der Hauptschuldner nichts hat. Hier kann nämlich der Anspruch wieder Wert bekommen, wenn der Schuldner neues Vermögen erwirbt, eine freilich problematische Aussicht, aber sie fehlt doch dem Bürgen in unserem Falle; er kann hier niemals wieder einen Anspruch gegen den Schuldner erhalten.

Er steht also nicht viel ungünstiger wie jeder Bürge, denn das Risiko, sein Geld zu verlieren, übernimmt jeder, der eine Bürgschaftsverpflichtung eingeht. Wie aber jeder Bürge im Falle des Auftrags günstiger dasteht infolge des Vertragsbandes, das ihn mit dem Hauptschuldner verbindet, so auch der Bürge in unserem Falle in der erwähnten Weise. Das Maß aber, in dem er in beiden Fällen ungünstiger dasteht, ist das Aequivalent für die Fahrlässigkeit, die er sich unserer Annahme nach bei der Zahlung hat zu schulden kommen lassen.

Wir haben damit auch die Frage allgemein gelöst, wie die Rechte und Pflichten des Bürgen und Schuldners verteilt sind, wenn dem Schuldner eine Verpfändung der Forderung angezeigt ist. Für den Bürgen, der ja keine Kenntnis hat, haben wir eine im Gesetz nicht ausdrücklich enthaltene Pflicht entwickelt und zwar eine allgemein geltende, sehr wichtige Pflicht, nämlich vor jeder Zahlung beim Schuldner Erkundigungen einzuziehen über die Schicksale, welche die Forderung, für die er sich verbürgt hat, unterdessen getroffen haben. Diese Pflicht besteht für den Bürgen selbst dann, wenn er vom Schuldner mit der Zahlung bei der Fälligkeit beauftragt ist, nur hat hier in erster Linie der Schuldner die Pflicht, dem Bürgen von Veränderungen Anzeige zu machen, während ihm eine solche Pflicht in allen andern Fällen nicht auferlegt werden kann. Der Bürge hat also im Falle des Auftrags das Recht, vom Schuldner diese Anzeige zu verlangen, eventuell auch das Recht auf Ersatz seines Schadens. So seine Pflichten und Rechte vor der Zahlung. Nach der Zahlung ist das wichtigte Recht des Bürgen die bereits besprochene Aufrechnungsmöglichkeit.

Damit haben wir auch bereits die Rechte und Pflichten des Hauptschuldners, soweit sie für uns in Betracht kommen, geschildert.

Dem Gläubiger kann eine Pflicht zur Anzeige von der Verpfändung an den Bürgen als Ausfluß einer allgemeinen Diligenzpflicht, wie wir gesehen haben, nicht auferlegt werden.[100]) Auch hat die Unterlassung der Anzeige für ihn gar keine rechtlichen Nachteile, abgesehen davon, daß er bei doloser oder fahrlässiger Annahme der Schuldsumme, die an ihn und den Pfandgläubiger gemeinschaftlich gezahlt werden muß, herausgabepflichtig wird. Sonst aber kann er jederzeit wie der Pfandgläubiger Leistung vom Schuldner und Bürgen verlangen.

Schließlich kommen wir noch zu der Stellung des Pfandgläubigers. Durch die Aufrechnungsmöglichkeit erleidet er allerdings einen großen Nachteil, nämlich den Verlust seines Pfandrechts an der Bürgschaftsforderung; er tauscht dafür einen Anspruch[101]) gegen den Gläubiger ein, der ihn darum gebracht hat. Diesen kann er, ebenso wie seine Forderung, sobald sie fällig wird, gegen den Gläubiger geltend machen. Seine Stellung ist, im Fall der Bürge an den Gläubiger gezahlt hat, deswegen schlechter als vorher, weil er gezwungen Gläubiger einer andern Person als ursprünglich wird (statt des Bürgen des Gläubigers), und noch dazu einer Person, gegen die er schon eine Forderung hat, die er durch die Forderung gegen eine dritte Person sichern wollte. Jetzt ist also seine Forderung gegen den Gläubiger durch eine Forderung gegen denselben Gläubiger gesichert, d. h. die Sicherung ist illusorisch geworden.

Ein Vermögensverlust kann alo für ihn entstehen, soweit er eine ursprüngliche Forderung gegen den Gläubiger nicht mit der ihm zur Sicherheit derselben verpfändeten Forderung gegen den Schuldner bezw. Bürgen in demselben Grade tilgen kann, wie er es sonst gekonnt hätte. Nun muß man allerdings bedenken, daß er nur die akzessorische Forderung verliert und gegen diesen Anspruch eintauscht. Seine erwähnten Nachteile können nämlich nur entstehen, wenn er vom Hauptschuldner keine Befriedigung erhalten kann und sich an den Bürgen halten muß. Die Hauptforderung bleibt ihm aber verpfändet und aus ihr kann er sich vielleicht noch befriedigen, wenn der Schuldner, gegen den fruchtlos vollstreckt war, wieder zu Vermögen kommt. Und Besorgnisse kann dies Ergebnis dahin nicht erregen, daß es der Sicherheit des Pfandgläubigers

[100]) Matthiaß, der gleicher Ansicht ist, macht (S. 368 C) treffend darauf aufmerksam, daß der Gläubiger jedoch vertragsmäßig Pflichten (z. B. obige Anzeigepflicht) übernommen haben kann. Dann habe der Bürge die aus dem Vertrage sich ergebenden Rechte.

[101]) Auf den wir nicht näher eingehen brauchen, da er für unser Thema nicht von Bedeutung ist.

einer Forderung einen starken Stoß versetzt, denn es handelt sich immer nur um die akzessorische Bürgschaftsforderung: mit der Hauptforderung kann ähnliches wegen § 1280 BGB. ja nie passieren. Der Verlust des Pfandgläubigers aber steht in keinem Verhältnisse zu dem Schaden, den der Bürge erleiden würde, wenn er nicht aufrechnen könnte. Er würde außer den erwähnten Nachteilen die Schuldsumme noch einmal zahlen müssen, und auf der andern Seite nur e i n e Forderung behalten. So erscheint unser Ergebnis als das wirtschaftlichste.

Um aber dieser Gefahr zu begegnen, kann der Pfandgläubiger schon bei der Verpfändung auch dem Bürgen Anzeige machen, dann vermeidet er alle diese drohenden Verluste. Man kann ihm zwar nicht die Pflicht zu dieser Anzeige auferlegen, da das Gesetz dies nicht zuläßt, aber sie wird für ihn eben zur Vermeidung von Schaden sehr nützlich sein.